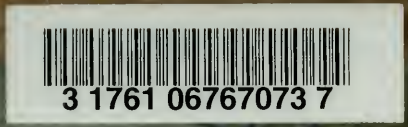
K
H5296
Z3
1333



Ex libris
universitatis
albertaensis

Bibliotheca Archiepiscopalis
Salisburgensis

Presented to the
LIBRARY *of the*
UNIVERSITY OF TORONTO
by
Rutherford Library,
University of Alberta

Seinem Freunde v. Löw

in dankbarer Erinnerung der vergnügten vorjährigen Herbsttage in Zürich.

Die

Zurechnung

auf

dem Gebiete des Civilrechts

insbesondere

die Lehre von den Unglücksfällen

nach den Grundsätzen des römischen und deutschen Rechts
und der neueren Legislationen

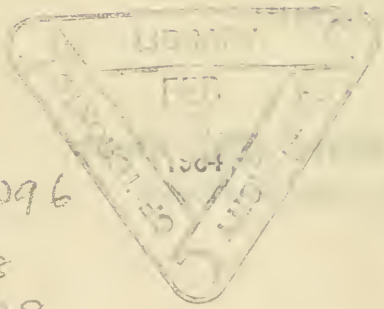
dargestellt

von

Dr. Ferd. Carl Th. Hepp,
Professor des Rechts in Tübingen.

Tübingen,
bei C. F. Osiander.
1838.

K
H5096
Z8
1838



LIBRARY OF THE UNIVERSITY
OF ALBERTA

Vorrede.

Der Titel dieser Schrift könnte leicht größere Erwartungen erregen, als ihr Verf. zu befriedigen im Stande ist. Schon mehrere Jahre mit der Sammlung und wissenschaftlichen Anordnung des Materials beschäftigt, schob der Verf. die Veröffentlichung derselben von einem Jahre zum andern hinaus, lernte aber, je länger er zögerte und je mehr er zu verbessern fand, um so mehr einsehen, daß vor der Hand mehr nicht als ein bloßer Versuch von ihm zu gewärtigen sey, indem es der vereinten Kräfte Mehrerer bedarf, um zu befriedigenden Resultaten in dieser eben so schwierigen als umfassenden Lehre zu gelangen. Denn das Prinzip der Zurechnung, von dessen Anwendung auf dem Gebiete des Civilrechts es sich handelt, kann nicht etwa nur in Beziehung auf die eine oder andere Gesetzgebung, z. B. das römische Recht, sondern muß, wie auf dem Gebiete des Strafrechts, in möglichst allgemeinen Beziehungen aufgefaßt werden und dabei wird man nicht umhin können, über die große Mannigfaltigkeit und den Reichthum der in den älteren und neueren Civilgesetzgebungen über den **casus fortuitus** enthaltenen Vorschriften zu erstaunen, während auf dem Gebiete des Strafrechts die Prinzipien weit einfacher und unbestrittener sind. Je schwieriger es nun ist, sich hier für eine bestimmte

2354493

Ansicht auszusprechen, und je weiter der Umfang dieser Lehre ist, um so mehr wünscht der Verf. recht bald tüchtige Mitarbeiter zu finden, damit die unverkennbaren Lücken dieser Abhandlung ausgefüllt, und den sonstigen Mängeln derselben abgeholfen werde. Von besonderem wissenschaftlichen Interesse ist die Parallele zwischen dem römischen und dem altgermanischen und mittelalterlichen deutschen Rechte, und verbindet man damit, wie es der Verf. gethan hat, auf der einen Seite die verschiedenen Ansichten der neueren Civilgesetzgebungen, von welchen hier besonders die Gesetzbücher Christ. 5. für Dänemark und Norwegen, das Preußische Landrecht, die Civilgesetzbücher für Westgallizien und für Oesterreich, der **Code Napoléon**, das Baden'sche Landrecht, und das Bernische Civilgesetzbuch benutzt sind, und auf der andern Seite die verschiedenen Ansichten der rechtsphilosophischen Systeme, welche mehr oder minder einen unverkennbaren Einfluß auf die neueren Gesetzgebungen ausgeübt haben: so wird gewiß Jederman dem Verf. darin beistimmen, daß es in dieser umfassenden Lehre noch Vieles zu leisten giebt, und mit Rücksicht hierauf seine Anforderungen an die gegenwärtige Abhandlung ermäßigen. Dies Alles im Interesse der Wahrheit, mithin nicht als **captatio benevolentiae!**

Tübingen, im Juni 1838.

Hepp.

Inhaltsanzeige.

Seite

Einleitung (§. 1—2) . . . . . 1 — 10

Erstes Kapitel. Das römische Recht.

1. Nähere Entwicklung der hier zu betrachtenden Fälle (§. 3) 10 — 16

2. Von den Zwangsrechten, welche nicht durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt sind (§. 4) 16 — 18

3. Von den Zwangsrechten, welche durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt sind:

A. Von Verletzungen aus unzurechenbaren Handlungen freier Wesen (§. 5—6) . . . . 18 — 31

B. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus durch fremde Widerrechtlichkeit oder bloße Naturkräfte ausser dem Menschen (§. 7—10). . . . 32 — 74

C. Casuelle Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus durch lebendige oder leblose Gegenstände der vernunftlosen Natur (§. 11—12) . . . 74 —104

4. Rückblick auf das System des römischen Rechts und Prüfung desselben (§. 13) . . . . . 105—118

Zweites Kapitel. Das deutsche Recht.

1. Verletzungen aus unzurechenbaren Handlungen freier Wesen (§. 14) . . . . . 118—128

2. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus durch fremde Widerrechtlichkeiten oder bloße Naturkräfte ausser dem Menschen (§. 15—18) . . . . . 128—153

Seite

3. Casuelle Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus durch lebendige oder leblose Gegenstände der vernunftlosen Natur (§. 19—21) . . . . . 153—167

4. Rückblick auf das System des deutschen Rechts und Prüfung desselben (§. 22) . . . . . 167—172

Drittes Kapitel. Von der heutigen Anwendbarkeit der Grundsätze des deutschen Rechts, und den Ansichten der neueren Legislationen über das Tragen des casus.

1. Einleitung (§. 23) . . . . . 173—175

2. Verletzungen aus unzurechenbaren Handlungen freier Wesen (§. 24: gemeines Recht; §. 25—27: Christian's 5. Gesetzbuch, Preußisches Landrecht, Oesterreichisches und Gallizisches Civilgesetzbuch) . 175—193

3. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus (§. 28: gemeines Recht; §. 29: Preußisches Landrecht, Oesterreichisches Gesetzbuch, Bernisches Civilgesetzbuch, Code Napoléon, und Badisches Landrecht) . . 194—229

4. Verletzungen durch Thiere und leblose Sachen (§. 30: gemeines Recht; §. 31: Preußisches Landrecht, Code Napoléon, Badisches Landrecht, Oesterreichisches Gesetzbuch, Bernisches Civilgesetzbuch) . . . 229—237

Viertes Kapitel. Von den verschiedenen Ansichten der Rechtsphilosophen über die Imputation als Bedingung der Zwangsrechte.

1. Einleitung (§. 32) . . . . . 238—243

2. Von Verletzungen durch unzurechnungsfähige Subjecte (§. 33) . . . . . 243—249

3. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus (§. 34) 249—252.

Einleitung.

Der Satz, daß die Zurechnungsfähigkeit des Uebertreters die Bedingung der Zuerkennung und Zufügung einer Strafe sey, ist ein von allen Gesetzgebungen und von allen Rechtsphilosophen, sie mögen sich zu was immer für einem strafrechtlichen Systeme bekennen, allgemein anerkannter, unerschütterlicher Rechtssatz. Die Frage dagegen, ob die Zurechnungsfähigkeit auch die Bedingung der Ausübung sonstiger Zwangsrechte sey, ist eine nicht nur von Alters her unter den Rechtsphilosophen höchst bestrittene Frage, sondern es stehen sich in dieser Beziehung auch die Bestimmungen der älteren und neueren Gesetzgebungen vielfach contradictorisch entgegen. Unter diesen Umständen dürfte es sich wohl der Mühe lohnen die Frage über die Zurechenbarkeit menschlicher Handlungen von ihrer bisherigen speciellen Beziehung auf das Strafrecht weiter auf das gesammte Rechtsgebiet, insbesondere das Civilrecht auszudehnen, und dabei würde es sich vorzüglich darum handeln, die Gründe, worauf die entgegenstehenden Prinzipien des römischen und des altgermanischen und mittelalterlichen deutschen Rechts in der Lehre vom Schadenserſatze beruhen, nachzuweisen, um dadurch in den Stand gesetzt zu werden die — freilich von der Mehrzahl längst bejahte — Frage: ob dem römischen Rechte, durch welches das entgegengesetzte germanische Prinzip längst und vollständig verdrängt ward, ein unbedingter Vorzug vor dem letzteren gebühre, mit Unpartheilichkeit und ohne Vorliebe für das römische Recht als solches zu beantworten. Für mehr aber als ein Versuch kann und soll diese

Abhandlung nicht gelten, indem der Verf. derselben sich nur allzusehr bewußt ist, daß die ihm, namentlich auf dem Gebiete des germanischen Rechts, zu Gebote stehenden Materialien nichts weniger als vollständig und erschöpfend sind. Auf der andern Seite schien ihm aber der vorhandene Stoff zu genügen, um daraus für das germanische Recht einige allgemeine Grundsätze ableiten und diese mit den, freilich leichter zu gewinnenden Grundsätzen des römischen Rechts zusammenhalten und vergleichen zu können. Möge dieser Versuch (was der Verf. dringend wünscht) namentlich die Germanisten zu einem sorgfältigeren und gründlicheren Studium dieser eben so interessanten als schwierigen Materie auffordern, um dereinst eine vollständigere und erschöpfendere Parallele zwischen dem untergegangenen einheimischen, und dem recipirten römischen Rechte ziehen zu können, als der Verf. gegenwärtig dazu im Stande ist. Denn dazu bedarf es noch mancher Vorarbeiten, die aber, je erfreulicher die Richtung ist, welche das Studium des germanischen Rechts in neueren Zeiten genommen hat, um so gewisser und zuversichtlicher zu erwarten sind.

Uebrigens beschränkt sich diese Abhandlung keineswegs auf eine bloße Parallele zwischen dem römischen und deutschen Rechte in der Lehre vom Schadensersatze und auf die Entwickelung der Gründe, worauf deren Gegensätze beruhen, sondern sie erstreckt sich auf alle Arten der Zwangsrechte im Gegensatze des Strafzwanges, und nimmt zugleich, um diese wichtige Frage — wie sie es gewiß verdient — in legislativer Hinsicht in Anregung zu bringen, auch auf die abweichenden Bestimmungen der neueren Legislationen Rücksicht. Daher konnte der Verf. nicht umhin, in die historisch-dogmatischen Untersuchungen über das römische und germanische Recht einige rechtsphilosophische Untersuchungen einfließen zu lassen, die aber nur denen ein Anstoß seyn werden, welche entweder daran gewöhnt sind, der Auctorität einer bestimmten Gesetzgebung blindlings zu folgen, oder von dem noch jetzt in dieser Lehre bestehenden Widerstreite unter den neueren Legislationen keine Ahnung haben, und daher das für längst entschieden halten, was in der That noch manchen Zweifeln unterliegt.

§. 1.

Nichts scheint beim ersten Anblick dem gesunden Menschenverstande einleuchtender, als daß die vom Straf-Zwange rücksichtlich der Zurechnung zur Schuld geltenden Grundsätze auch auf die übrigen Arten der Zwangsrechte, namentlich auf den Entschädigungs-Zwang zur Anwendung zu bringen seyen. Denn beide, der Straf- und der Entschädigungs-Zwang, setzen eine rechtswidrige Handlung voraus, und beide können durch eine und dieselbe Handlung begründet werden, indem aus den mehrsten Delicten neben der öffentlichen Strafe eine Forderung auf Entschädigung entspringt; und da würde es doch dem gesunden Menschenverstande anstößig, ja widersprechend erscheinen, wenn bei einer und derselben Verletzung der Thäter wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit von aller Strafe freigesprochen, rücksichtlich der Entschädigungspflicht dagegen für schuldig erklärt würde, den durch seine nicht verschuldete Handlung angestifteten Schaden zu ersetzen! Wirklich findet sich auch diese gleichmäßige Beurtheilung des Straf- und des Entschädigungs-Zwanges im römischen Rechte so bestimmt als möglich ausgesprochen. Denn dieses erklärt die Zurechnungsfähigkeit des Uebertreters nicht nur für die subjective Bedingung der Zuerkennung einer Strafe, indem es in L. 12. D. ad. leg. Cornel. de sicar. (48. 8.) heißt:

> Infans vel furiosus si hominem occiderit, lege Cornelia non tenetur, cum alterum innocentia consilii tuetur, alterum fati infelicitas excusat,

und gleicherweise in L. 14. D. de off. praes. (1. 18.) vom furiosus gesagt wird: furore ipso satis punitur; sondern das römische Recht erkennt, wie die spätere Ausführung ergeben wird [1]), dieses Prinzip eben so unbedingt und ausnahmelos auch in der Lehre vom Schadensersatze an, und zwar in einer ganzen Reihe der wichtigsten Folgesätze. Nach dem altgermanischen und mittelalterlichen deutschen Rechte verhält es sich

1) Vgl. vorläufig Wening-Ingenheim Lehrb. des Civilrechts, Buch 1. §. 82 und 100. Buch 3. §. 256.

dagegen in dieser Beziehung umgekehrt, indem dasselbe bei nicht verschuldeten Verletzungen zwar keine Strafe (faida, Wette), wohl aber eine Verpflichtung zum Schadensersatze (compositio, Wehrgeld) anerkennt, ja diese Verpflichtung sogar auf an sich rechtmäßige Handlungen, z. B. Verletzungen in der Nothwehr, bezieht, daher sich die gleichmäßige Behandlung des Straf- und des Entschädigungs-Zwanges nur darin äußerte, daß bei der Ausmessung der Strafe und des Schadensersatzes gleichmäßig der objective Gesichtspunct der vorherrschende war, und zudem Strafe und Schadensersatz regelmäßig in dem nämlichen Objecte, nämlich im Gelde oder Geldeswerthe, zusammentrafen, und daher im Uebrigen nach gleichen Grundsätzen beurtheilt werden konnten. Selbst als später bei den Deutschen die Privatgenugthuungen nach und nach in öffentliche Strafen übergiengen, und durch den Einfluß des römischen und des kanonischen Rechts [2]) das Prinzip, daß die Zurechenbarkeit der Handlung die Bedingung der Zuerkennung einer Strafe sey, immer entschiedener hervortrat [3]), blieb gleichwohl das alte Prinzip daneben bestehen, daß auch aus nicht zurechenbaren Handlungen eine Verpflichtung des Thäters zur Entschädigung entspringe, und dieses Prinzip ist selbst in mehrere neuere Legislationen übergegangen. Dem gesunden Verstande unserer Vorfahren mußte daher wohl nicht so einleuchtend gewesen seyn, was gegenwärtig dem gesunden Menschenverstande so einleuchtend scheint, und daher fragt man mit Recht, ob jene gleichmäßige Beurtheilung des Straf- und des Entschädigungs-Zwanges auch wirklich auf streng rechtlichen Prinzipien beruhe, und aus allgemeinen Gründen nothwendig sey? Diese Frage kann indeß nicht für sich allein, sondern nur in Verbindung mit den übrigen Arten der Zwangsrechte beantwortet werden; und um von vorne herein dem Irrthum zu begegnen, vor welchem schon Köhler [4]) gewarnt hat, als ob eine innere

2) L. 23. de R. J. in VI: sine culpa non est aliquis puniendus. Cap. 1. 2. X. de delict. pueror. (5. 23.).

3) P. G. O. Art. 179. 164.

4) Exercit. jur. nat. §. 996. Schol.

Nothwendigkeit gebiete, alle Arten der Zwangsrechte nach dem Grundprinzipe des Straf-Zwanges zu beurtheilen, wird es nöthig seyn, einen kurzen Ueberblick über die verschiedenen gesetzlich anerkannten Arten der Zwangsrechte und deren Verhältniß zu einander zu geben.

§. 2.

Man kann drei Hauptclassen von Zwangsrechten unterscheiden, den Entschädigungs-Zwang im weiteren Sinne, den Vertheidigungs-Zwang und den Straf-Zwang. Alle diese Zwangsrechte haben einen gleichen Inhalt, nämlich eine Zwangshandlung, d. h. die Anwendung von Zwangsmitteln gegen ein vernünftiges Wesen, welches fremde Rechte verletzt oder die Gesetze übertreten hat. Allein die Rechtmäßigkeit des Zwanges und der Zweck desselben ist verschieden, je nachdem es sich von dem Entschädigungs- und Vertheidigungs-, oder von dem Straf-Zwange handelt. Bei jenen beruht die Rechtmäßigkeit auf der gesetzlich anerkannten Erhaltung des eigenen Rechts gegen fremde Verletzungen, und der Zweck desselben ist, die rechtswidrige Handlung des Beleidigers abzuwenden, oder die daraus entsprungenen rechtlichen Nachtheile ungeschehen zu machen. Auch die Mittel, wodurch dieser Zweck (die Sicherung und Erhaltung der eigenen Rechte) erreicht werden kann, sind je nach Beschaffenheit der Statt gehabten Verletzung verschieden. Die Verletzung kann nämlich:

1) entweder eine vollendete oder eine versuchte, und im letzteren Falle entweder eine angefangene (laesio inchoata), oder eine nur vorbereitete seyn. Sie kann ferner:

2) entweder in Form einer Beschädigung hervortreten, oder nur eine Hinderung des Berechtigten an gewissen Handlungen, zu welchen er ein Recht hat, enthalten. Fälle der letzteren Art gehören nach römischem Rechte zur injuria im weiteren Sinne (non jure factum), d. h. zu denjenigen Verletzungen, welche weder eine reine Vermögensbeeinträchtigung enthalten, noch in ein delictum publicum übergehen, z. B. si quis prohibeat

me in mari piscari vel in loco publico sedere, ambulare etc. L. 13. §. 7. D. de injur. (47. 10.).

Von diesen beiden Eintheilungen bezieht sich die erste auf die Verschiedenheit des aus der Verletzung hervorgegangenen Erfolgs und den Grad der Annäherung derselben an die Vollendung; die zweite hingegen auf das Object oder den Gegenstand der Verletzung, d. h. das, was durch die verletzende Handlung bewirkt worden ist. Hieraus ergiebt sich:

a) daß durch den Zwang entweder ein wirklich gestifteter Schaden, d. h. eine Verletzung unseres Rechtszustandes aufgehoben, oder:

b) nur ein bevorstehender Schaden, d. h. eine Gefahr für unsern Rechtszustand entfernt werden soll. Die erste Art des Zwanges wird daher der Entschädigungs-Zwang im weiteren Sinne, oder weil er der Verletzung nachfolgt, der nachfolgende Zwang, die zweite Art desselben der Vertheidigungs-Zwang (das Selbstvertheidigungsrecht), oder, weil er zum Zweck hat, der Rechtsverletzung zuvorzukommen, der zuvorkommende Zwang oder Präventions-Zwang im weiteren Wortverstande genannt. Beide haben wieder ihre Unterabtheilungen. Was nämlich:

1. den Entschädigungs-Zwang im weiteren Sinne betrifft, so kann der wirklich gestiftete Schaden entweder darin seinen Grund haben, daß uns dasjenige, was wir aus einem besondern Rechtsgrunde, z. B. aus einem Vertrage, zu fordern haben, nicht geleistet wird, oder daß uns das Object eines unserer Rechte widerrechtlich entzogen oder beschädigt wird, wodurch es an seiner Brauchbarkeit für unsere Zwecke verliert. In dem einen wie in dem andern Falle kann das nicht geleistete oder uns widerrechtlich entzogene Object sich noch unversehrt in der Hand des Beleidigers oder einer dritten Person befinden, und dann wird der auf Restitution (auf Rück- oder Herausgabe) der Sache gerichtete Zwang der Restitutions-Zwang oder Wiedererstattungszwang genannt, und dieser zerfällt wiederum in den Vindications-Zwang, den reiperseecutorischen Zwang aus Delicten, und den Zwang auf Erfüllung der vertrags-

mäßigen Leistung durch Heraus- oder Rückgabe der schuldigen Sache. Existirt hingegen die Sache nicht, oder sie ist beschädigt worden, so kann eine Entschädigung nur in der Art gedacht werden, daß der Urheber des Schadens genöthigt wird, uns ein Aequivalent, d. h. etwas für unsere Zwecke eben so taugliches, als das, an dessen Stelle es treten soll, zu geben, und der hierauf gerichtete Zwang wird der Zwang zum Ersatz oder der Entschädigungs-Zwang im engern Sinne genannt. Diesemnach bezieht sich der Zwang der Entschädigung im weiteren Sinn, er sey Restitutions- oder Ersatz-Zwang im engeren Sinne, immer auf eine bereits geschehene, mithin in der Vergangenheit liegende Verletzung, und unterscheidet sich dadurch wesentlich von der zweiten Hauptclasse der Zwangsrechte, nämlich:

II. dem Vertheidigungs-Zwange. Was diesen betrifft, so kann der bevorstehende Schaden entweder näher oder entfernter bevorstehen, mithin die Gefahr dem Grade nach verschieden seyn. Die Gefahr ist aber um so größer, je mehr Kräfte von Seiten des Gefahrdrohenden in Wirksamkeit gesetzt worden sind, um die beabsichtigte Verletzung hervorzubringen; umgekehrt ist sie um so geringer, je weniger dieses der Fall ist. Den höchsten Grad der Gefahr bezeichnet der gemeine Sprachgebrauch mit dem Namen Noth, und diese Noth entspringt aus der bereits angefangenen Verletzung (laesio inchoata). Daher wird der Zwang der Vertheidigung, welcher die Abwehrung eines solchen Nothstandes zum Zweck hat, der Zwang oder das Recht der Nothwehr genannt. Aber auch der vorbereitete Angriff, sofern wir ihn und die ihn beabsichtigende Person aus sicheren Anzeigen wissen, setzt uns in Ansehung unseres Rechts in Gefahr. Wir haben daher gleichfalls das Recht die drohende Gefahr von uns zu entfernen, und wenn dieses auf andere Weise nicht geschehen kann, dem Drohenden zuvorzukommen, d. h. ihn durch Anwendung physischer Gewalt von der Ausführung der Drohung abzuhalten; z. B. Jemand bedroht uns mit augenblicklichen Mißhandlungen, und sieht sich in unserer Gegenwart nach einem Messer um, um uns damit zu verwunden. Der zur Abwendung

solcher Gefahren gerichtete Zwang wird, im Gegensatze der Nothwehr, der Präventions-Zwang im engeren Sinne genannt. Der Zwang zur Vertheidigung, er sey Nothwehr oder Prävention, bezieht sich mithin auf eine bevorstehende oder noch nicht vollbrachte, folglich in der Zukunft liegende Verletzung, und unterscheidet sich dadurch wesentlich von dem Entschädigungs-Zwange im weiteren Sinne. An diese beiden Hauptclassen der Zwangsrechte und deren verschiedene Arten schließt sich:

III. der Straf-Zwang an. Er unterscheidet sich von denselben auf mehrfache Weise. Vorerst in Ansehung des Umfangs; denn er bezieht sich gleichmäßig auf den vollendeten und den versuchten Angriff, auf Verletzungen in Form einer Beschädigung oder ohne dieselbe, vorausgesetzt, daß die verletzende Handlung eine verbrecherische, d. h. durch die bürgerlichen Gesetze für strafbar erklärte Handlung ist. Denn nach den Gesetzen eignet sich nicht jedes geringfügige Unrecht zu einer Bestrafung. Er unterscheidet sich von ihnen aber auch noch auf sonstige Weise. Vorerst kann als ausschließlich berechtigtes Subject des Strafzwanges immer nur der Staat gedacht werden, während die Ausübung des Vertheidigungsrechts (der Nothwehr und Prävention) den Unterthanen im Staate nicht entzogen, vielmehr gesetzlich in allen Fällen gestattet ist, wo der Angriff unter solchen Umständen geschah, daß der Schutz der Staatsgewalt zur Abwendung der Gefahr unmöglich war. Ferner beziehen sich die obigen Zwangsrechte auf das Verhältniß des Einzelnen zum Einzelnen im Staate, während der Strafzwang das Verhältniß der Unterthanen zur Staatsgewalt betrifft. Dieß und noch Anderes erklärt sich daraus, daß der Entschädigungs- und Vertheidigungs-Zwang auf der einen, und der Strafzwang auf der andern Seite nicht auf dem gleichen, sondern auf einem wesentlich verschiedenen Rechtsgrunde beruhen. Jene haben nämlich, wie bereits bemerkt wurde, zum Rechtsgrunde und Zweck die gesetzlich anerkannte Erhaltung der eigenen Rechte des Verletzten, während der Rechtsgrund der Strafgewalt des Staats ein anderer ist. Man setzt ihn entweder in die durch die Vernunft gebotene Noth-

wendigkeit der Erhaltung der Rechtsordnung, oder der Realisirung der Idee der vergeltenden Gerechtigkeit, oder beider Ideen, der Idee der Rechtsordnung und der Gerechtigkeit zugleich. In Folge dieses verschiedenen Rechtsgrundes ist es, abgesehen von den obigen Verschiedenheiten, möglich, daß die Strafe weder durch die Statt gehabte Ausübung des Vertheidigungs-, noch des Entschädigungs-Zwanges ausgeschlossen wird, mithin alle diese verschiedenen Zwangsrechte, als auf verschiedenen Gründen und Voraussetzungen beruhend, ohne Widerspruch bei einer und derselben Handlung neben einander zur Anwendung kommen können. Ferner erklärt es sich daraus, wie die ihrer Natur nach einander am nächsten stehenden Zwangsrechte, nämlich der Entschädigungs-Zwang im engeren Sinne und der Strafzwang, im Einzelnen nach wesentlich verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden können. Denn während z. B. der Strafzwang einen Unterschied zwischen Vollendung und Versuch, zwischen Urheber und Gehülfen, zwischen dolus und culpa, und eine Reihe allgemeiner und besonderer Milderungs- und Schärfungsgründe der Strafe anerkennt, nach welchen Momenten die Strafe, selbst bei einem und demselben Verbrechen, verschieden ausgemessen wird, sind alle diese Unterschiede dem Entschädigungs-Zwange völlig fremd, indem derselbe nach dem Rechtsgrunde, worauf er beruht, keine versuchte, sondern blos vollendete Verletzungen anerkennt, dagegen unter gleichen Umständen dem Gehülfen wie dem Urheber, dem culposen wie dem dolosen Beleidiger ein gleiches Entschädigungsmaß auferlegt, und daher auch keine Milderungs- und Schärfungsgründe auf seinem Gebiete anerkennt. Eben daher erklärt es sich ferner, daß die auf dem Gebiete des Strafrechts zulässige Begnadigung des Delinquenten bei dem Entschädigungs-Zwange schlechthin und unbedingt ausgeschlossen ist, während umgekehrt die auf dem Gebiete des letzteren zulässige Verzichtleistung des Verletzten auf die ihm gebührende Entschädigung gesetzlich keine Anwendung auf das Strafrecht findet. Diese Parallele ließe sich noch weiter führen. Allein das Gesagte dürfte genügen, um vor übereilten Schlußfolgerungen von den Grundsätzen des Strafrechts

auf die übrigen Arten der Zwangsrechte zu warnen, indem eines Theils der Straf- und der Entschädigungs-Zwang in allen Hauptbeziehungen nach wesentlich verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden, andern Theils die Frage nicht blos den Entschädigungs-Zwang, sondern auch die übrigen Arten der Zwangsrechte betrifft, und dieselbe erst in diesem Umfange zu gründlichen Erörterungen führen kann. Wir haben daher jetzt zu betrachten, wie das römische und das deutsche Recht, und nach ihnen neuere Legislationen diese Aufgabe gelöst haben.

Erstes Kapitel.

Das römische Recht.

§. 3.

1. Nähere Entwicklung der hier zu betrachtenden Fälle.

Nach römischem Rechte sind, um einen Ueberblick über das System desselben zu geben, einige Arten des Zwangsrechts durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt, andere hingegen nicht. Mithin befolgt das römische Recht in dieser Beziehung ein gemischtes System. Zu der ersten Klasse der Zwangsrechte gehören der Straf- und der Entschädigungs-Zwang, sowohl in- als ausserhalb des Obligationsnexus; zu der zweiten der Vindications-Zwang, der reipersecutorische Zwang aus Delicten und der Vertheidigungs-Zwang, d. h. Nothwehr und Prävention.

Um nun zu einem erschöpfenden Ueberblick über die in die erste Klasse gehörigen Fälle zu gelangen (denn unverschuldete Verletzungen können auf sehr verschiedene Weise gedacht werden), muß man ausgehen:

1) von der Eintheilung der Verletzungen überhaupt in solche, die im Obligationsnexus und in solche, die ausserhalb desselben zugefügt werden. Letztere enthalten eine Uebertretung der allen Menschen gegen einander obliegenden Verbindlich-

keit, Niemanden in seinen Rechten zu verletzen (neminem laedendi), beziehen sich mithin auf das wechselseitige Verhältniß, worin alle Menschen zu einander stehen. Erstere dagegen enthalten eine Uebertretung der vermöge eines besonderen Rechtsgrundes einer bestimmten Person, gegenüber einer andern bestimmten Person, obliegenden Verpflichtung zu einer gewissen Leistung (suum cuique tribuendi), beziehen sich mithin auf das Vertragsverhältniß, worin zwei oder mehrere Personen zu einander stehen. Mit Rücksicht auf diese Eintheilung zerfallen die unverschuldeten (nicht imputabeln) Verletzungen in obligatorische und ausserobligatorische Verletzungen. Verbindet man:

2) hiemit die weitere Eintheilung, daß unverschuldete Verletzungen sowohl in- als ausserhalb des Obligationsnexus ihren Grund entweder in einer Thätigkeit oder Kraftäußerung des Verletzenden selbst, oder in fremden widerrechtlichen Handlungen, oder in bloßen Naturkräften unabhängig von der Willkür des verpflichteten Subjects haben; und erwägt man:

3) daß, was den zuerst genannten Fall betrifft, der Thäter entweder absolut (wie z. B. als infans oder furiosus), oder nur relativ (d. h. nur in Beziehung auf die in Frage stehende Verletzung) nichtzurechnungsfähig seyn kann: so ergeben sich hiernach drei Hauptfälle von unverschuldeten Verletzungen, von welchen der erste Verletzungen durch absolut oder relativ unzurechnungsfähige Subjecte ausserhalb und im Obligationsnexus, der zweite Verletzungen im Obligationsnexus durch fremde widerrechtliche Handlungen oder durch Naturkräfte ausserhalb der Willkür des verpflichteten Subjects, der dritte endlich Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus durch bloße Naturkräfte unabhängig von menschlicher Willkür, zu ihrem Gegenstande haben. Auf diese Weise gewinnt man einen vollständigen, und wie es scheint systematischen Ueberblick über diejenigen Fälle unverschuldeter Verletzungen, welche nach römischem Rechte jeden Anspruch auf Restitution oder Ersatz ausschließen. Wir haben dieselben jetzt näher im Einzelnen zu betrachten.

1. Als erster Hauptfall wurden bezeichnet casuelle Verletzungen

in oder ausserhalb des Obligationsnexus, welche ihren Grund in einer unzurechenbaren Handlung des Verletzenden selbst, dieser sey absolut oder nur relativ unzurechnungsfähig, haben. Es sind mithin in diesem ersten Hauptfalle folgende einzelne Fälle begriffen:

1) Casuelle verletzende Handlungen des Thäters ausserhalb des Obligationsnexus, der Thäter mochte absolut oder relativ unzurechnungsfähig seyn. Man setze, daß A als infans oder furiosus dem B eine Verletzung zufügt, oder daß eine sonst oder im Allgemeinen zurechnungsfähige Person eine verletzende Handlung begeht, die ihr aus Mangel an jeder Verschuldung nicht imputirt werden kann, wie z. B. wenn A den B unverschuldet auf der Jagd oder bei einem Scheibenschießen verwundet.

2) Casuelle verletzende Handlungen des Thäters im Obligationsnexus, der Thäter mochte absolut oder relativ unzurechnungsfähig seyn. Man setze: der furiosus A hat ein Haus gemiethet oder eine fremde Sache geliehen, und zündet dieselbe an, oder bei dem sonst zurechnungsfähigen Schuldner A geht durch dessen Kraftäußerung, jedoch auf völlig unverschuldete Weise, die Sache seines Gläubigers B zu Grunde.

II. Als zweiter Hauptfall wurden bezeichnet casuelle Verletzungen im Obligationsnexus, die ihren Grund nicht in einer pflichtwidrigen Thätigkeit oder Unterlassung des Schuldners, sondern entweder in fremden illegalen Handlungen (in fremder rechtswidriger Thätigkeit), oder in bloßen Naturkräften ausser dem Menschen haben. Es sind mithin zwei Fälle auch hierunter begriffen. Für den ersten setze man z. B. daß dem Depositar, Pfandgläubiger oder Commodatar die fremde Sache durch Raub oder Plünderung entzogen wird; für den zweiten, daß sie bei ihm durch Blitz oder Ueberschwemmung zu Grunde geht oder verschlechtert wird.

III. Als dritter Hauptfall wurden bezeichnet casuelle Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus, welche ihren Grund in bloßen Naturkräften ausserhalb der Willkür des Menschen, also:

1) entweder in leblosen Gegenständen (Sachen), oder

2) in lebendigen Gegenständen der vernunftlosen Natur (Thieren), unabhängig von der Verschuldung ihres Eigenthümers, haben. Für den ersten Fall setze man, daß dem A ein Ziegel von dem Dache des B auf den Kopf fällt und ihn verwundet; für den zweiten, daß er durch den Hund oder das Pferd des B verletzt wird. Das römische Recht macht jedoch bei Verletzungen durch fremde Thiere den merkwürdigen Unterschied, ob das Thier contra oder secundum naturam sui generis schadete, und verpflichtet in dem ersten Falle den Eigenthümer desselben zur Entschädigung des Verletzten, in dem zweiten hingegen nicht. Ob diese Unterscheidung mit dem im Uebrigen so consequenten Systeme des römischen Rechts in der Lehre vom Schadensersatze harmonire oder demselben widerstreite, ist eine Frage, die hier nur angedeutet werden kann. Doch scheint die Behauptung der neueren Juristen, z. B. auch Mackeldey's [1]), daß die pauperies und noxa Ausnahmen von der Regel des römischen Rechts seyen, „wonach bei unverschuldeten Verletzungen derjenige, welcher Schaden leide, diesen Schaden als ein Unglück zu tragen habe, mithin von Niemandem hiefür in irgend einer Weise Ersatz verlangen könne", beim ersten Anblick sehr Vieles für sich zu haben. Allein es können, wie die spätere Ausführung ergeben wird, sehr bedeutende Zweifel gegen diesen Vorwurf der Inconsequenz des römischen Rechts geltend gemacht werden.

Die Regel, daß derjenige den zufälligen Schaden übernehmen müsse, den derselbe betroffen hat, drücken die neueren Juristen gewöhnlich durch die beiden Rechtsregeln aus: casum sentit dominus oder res perit domino, und: debitor speciei liberatur ejus interitu, oder species debita perit casu ei, cui debetur. Allein sie sind keineswegs erschöpfend, noch weniger bezeichnend, so bedeutend auch der Einfluß ist, den namentlich die erst genannte Rechtsregel auf die französische Jurisprudenz ausgeübt hat (§. 24.). Bezieht man nämlich:

---

1) Lehrb. des röm. Rechts. §. 341. ed. 9.

1) die Rechtsregeln **casum sentit dominus** und **debitor speciei liberatur ejus interitu**, wie dieß gewöhnlich der Fall ist, und die letztere schon ihrer Wortfassung nach von selbst ergiebt, nur auf obligatorische Verhältnisse, **in specie** auf die Frage: wer bei Sachleistungen die Gefahr zu tragen habe: so sind sie theils tautologisch, theils zu eng gefaßt, indem ja auch bei casuellen Verletzungen ausserhalb des Oblitigationsnexus das römische Recht keine Verpflichtung zur Entschädigung des Verletzten anerkennt. Wollte man aber auch:

2) die Rechtsregel **casum sentit dominus** auf beides zugleich, d. h. auf obligatorische und ausserobligatorische Verletzungen beziehen, so würde sie gleichwohl noch immer zu eng gefaßt seyn. Denn die Ersatzpflicht fällt nicht blos bei casuellen Sachverletzungen weg, sondern auch bei nicht verschuldeter Erfüllung einer Verbindlichkeit, die ein **facere** zu ihrem Gegenstande hat, so wie bei casuellen Verletzungen angeborner Rechte des Menschen, z. B. casuellen Tödtungen, Körperverletzungen u. s. w. Weder auf jene noch auf diese Fälle kann nun aber die Rechtsregel **casum sentit dominus** begreiflicher Weise eine Anwendung finden, indem schon Ulpian in **L. 13. pr. D. ad leg. Aquil.** (9. 2.) bei einer ähnlichen Gelegenheit die richtige Bemerkung macht, **nemo membrorum suorum dominus videtur.** Man könnte sie zwar in der Art erweitern, daß sie sich auf alle unverschuldete Verletzungen sowohl angeborner als erworbener Rechte bezöge, etwa in der Form: **casum sentit laesus**, d. h. unverschuldete Verletzungen hat derjenige, dessen Person oder Eigenthum sie treffen, als Unglück zu tragen und kann daher von Niemandem Ersatz dafür verlangen. Allein in dieser Erweiterung würde die Rechtsregel mehr Fälle umfassen als sie umfassen soll, folglich zu weit seyn. Denn dem Wortverstande nach würde darunter z. B. auch der Fall begriffen seyn, daß dem Eigenthümer sein Haus, welches er selbst bewohnt, durch Zufall zu Grunde geht, oder daß Jemand auf der Straße ausgleitet und ein Bein bricht, u. s. w. Daß hier der Verletzte von Niemandem Ersatz verlangen kann, ist freilich unbestreitbar. Allein hierauf

kann und soll sich jene Rechtsregel, man drücke sie durch casum sentit dominus oder casum sentit laesus aus, nicht beziehen, sondern es soll damit, aber freilich auf ganz unpassende Weise, das Prinzip ausgedrückt werden, daß das Recht auf Entschädigung aus Verletzungen in und ausser dem Obligationsnexus durch das Verschulden oder die Zurechnungsfähigkeit des Gegners bedingt sey. Endlich:

3) ist die Rechtsregel casum sentit dominus oder res perit domino nicht einmal in ihrer Beschränkung auf Obligationen, welche Sachleistung zum Gegenstande haben, unbedingt gegründet. Allerdings trifft hier das periculum häufig den Gläubiger als Eigenthümer der Sache. Allein die Qualität desselben als Eigenthümer ist dabei ganz zufällig und ausserwesentlich. Denn nicht in dem Eigenthume, sondern in der mangelnden Verschuldung des debitor ist der Grund zu suchen, weßhalb er keinen Schadenersatz verlangen kann. Daher trifft ihn das periculum auch dann, wenn nicht er, sondern der Schuldner Eigenthümer der zu tradirenden Sache war. Dieß ist nach römischem Rechte nicht nur der Fall beim Kaufvertrage, wenn die verkaufte Sache vor der Tradition durch casus beim Verkäufer zu Grunde ging, sondern auch bei einseitigen Obligationen, welche die Leistung einer dem Schuldner eigenthümlich gehörigen certa species zum Gegenstande haben. So z. B. wird derjenige, welcher aus einer Stipulation oder aus einem Legate eine ihm gehörige species zu leisten hat, durch deren casuellen Untergang vor der Tradition eben so gewiß von der Ersatzpflicht befreiet, wie wenn er als Depositar, Commodatar, Pfandgläubiger u. s. w. eine fremde species zu restituiren hatte und an deren Herausgabe durch casus verhindert wurde[2]). Zwar scheint die L. 9. C. de pign. act. (4. 24): pignus in bonis debitoris permanere, ideoque ipsi perire in dubium non venit, den Satz auszusprechen, daß der Gläubiger den zufälligen Schaden darum zu übernehmen habe, weil er Eigenthü-

2) Wächter, im Archiv für civilist. Praxis, Bd. 15. S. 116 f.

mer der Sache sey. Allein durch unrichtige Entscheidungsgründe können anerkannte Rechtssätze begreiflicher Weise nicht aufgehoben werden. Mit Rücksicht hierauf hat neuerdings Wächter[3]) die entscheidenden Grundsätze für das Tragen der Gefahr bei Sachleistungen vielmehr in den Rechtsregeln: impossibilium nulla datur obligatio L. 185. D. de R. J., und: casus a nemine praestantur L. 23. D. i. f. de R. J. finden wollen, von welchen man die letztere ihrer Wortfassung nach auch auf ausserobligatorische Verhältnisse beziehen kann, wiewohl das römische Recht sie auf Vertragsverhältnisse beschränkt, und worin mit andern Worten die Zurechnung als die Basis und das Fundament der Lehre vom Schadensersatze ausgesprochen ist.

§. 4.

2. Von den Zwangsrechten, welche nicht durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt sind.

Es giebt indeß, wie bereits oben bemerkt wurde, gewisse Zwangsrechte, welche nach römischem Rechte nicht durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt, folglich auch gegen willenlose Subjecte zulässig sind. Diese Zwangsrechte sind der Vindications-Zwang, der reipersecutorische Zwang aus Delicten, und der Vertheidigungs-Zwang. Zwar fehlt es für diese Behauptung an ausdrücklichen Gesetzesstellen (sie möchten denn dem Verf. entgangen seyn), allein die Richtigkeit derselben kann nach andern Rechtsgrundsätzen wohl nicht bezweifelt werden. Was:

1) den Vindications-Zwang betrifft, so folgt schon daraus, daß die rei vindicatio auch gegen den unschuldigen dritten Besitzer oder Besitzer in gutem Glauben (bonae fidei possessor) rechtlich gestattet ist, daß es hier in der Person des Beklagten auf ein Verschulden desselben gar nicht ankommt; sondern der Nichteigenthümer muß unter allen Umständen dem erweislichen Eigenthümer weichen, darum weil dieser der Eigenthümer ist.

---

3) a. a. O. S. 116 f. Die Prüfung seiner Ansicht wird weiter unten folgen.

Von diesem Satze können nach der Natur der Sache auch infantes und furiosi keine Ausnahme machen, indem der Eigenthümer ihnen nur nimmt was ihnen nicht gehört, und selbst willenlose Subjecte sich nicht auf fremde Kosten bereichern dürfen (nemo alterius damno debet locupletari). Nur die Beschränkung tritt rücksichtlich ihrer ein, daß sie nie als malae fidei possessores angesehen und behandelt werden können. Denn dazu müßten sie Zurechnungsfähigkeit besitzen. Sie haften daher niemals für den der Sache zugefügten Schaden. Dieß spricht auch L. 60. D. de R. V. (6. 1.) ausdrücklich aus, indem sie bei Gelegenheit der rei vindicatio, die also an sich auch gegen solche Subjecte rechtlich zulässig ist, sagt: quod infans vel furiosus possessor perdidit vel corrupit, impunitum est. Denn auf Schadensersatz, von welchem es sich hier handeln würde, können sie nach römischem Rechte überall nicht belangt werden. Das Gleiche gilt:

2) von dem reipersecutorischen Zwange aus Delicten. Denn wenn auch dem Thäter das Delict selbst nicht imputirt werden kann, folglich derselbe weder strafbar noch ersatzpflichtig ist, so darf er nach den obigen Grundsätzen doch nicht in Händen behalten was ihm nicht gehört. Zudem werden nach römischem Rechte Personen, welche sich nicht selbst verbindlich machen können, jedenfalls ex re obligirt, und diese Voraussetzung ist auch hier vorhanden. Nicht minder dürfte es sich:

3) auch ohne ausdrückliche Erklärung der römischen Gesetze von selbst verstehen, daß gleicherweise der Vertheidigungs-Zwang (Nothwehr und Prävention) nicht durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt, folglich auch gegen Angriffe willenloser Subjecte rechtlich zulässig sey. Zum Wenigsten sind Verletzungen derselben im Stande der Nothwehr nirgends zu den unerlaubten und strafbaren Handlungen gezählt. Das römische Recht macht überhaupt bei dem Gebrauche rechtmäßiger Privatgewalt nur die Beschränkung, daß sie nicht weiter gehen dürfe als zur Abwendung der Gefahr nöthig ist (moderamen inculpatae tutelae), und verpflichtet Niemanden, irgend einen rechtswidrigen Angriff auf seine Person oder sein Eigenthum geduldig hinzuneh-

men. Daher heißt es z. B. auch in Beziehung auf das zum Schutze des Besitzstandes bestehende Interdictum quod vi aut clam in L. 11. §. 1. D. h. t. (43. 24): certe ad patientiam tollendi operis utique tenebuntur pupillus et furiosus. Hiezu kommt endlich noch, daß wenn, was unläugbar ist, dem Menschen das Recht der Vertheidigung gegen Angriffe vernunftloser Wesen (Thiere) zukommt, ihm dasselbe auch gegen Individuen zukommen muß, welche des Gebrauchs ihrer höheren Gemüthskräfte beraubt, nur nach Gesetzen der thierischen Natur handeln, wie denn auch schon in L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) Schadenszufügungen durch einen furiosus mit Verletzungen durch Thiere verglichen werden.

§. 5.

3. Von den Zwangsrechten, welche durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt sind.

A. Von Verletzungen aus unzurechnungsfähigen Handlungen freier Wesen.

Hiemit gehen wir, und zwar nach der im §. 3. angegebenen Ordnung, zur Entwickelung der Grundsätze des römischen Rechts in der Lehre vom Schadensersatze über. Denn von dem Strafzwange ist hier, auf dem Gebiete des Civilrechts, zu abstrahiren. Doch wird sich gelegentlich manche strafrechtliche Erörterung an unsere civilistische Untersuchungen anknüpfen.

Casuelle verletzende Handlungen des Thäters — denn mit diesen heben wir an — können nach §. 3. sowohl in als ausserhalb des Obligationsnexus gedacht werden. Allein es wird nicht nöthig seyn, beide Fälle abgesondert von einander darzustellen, sondern genügen, den Thäter als ausserhalb des Obligationsnexus stehend zu betrachten, wie dies auch die römischen Gesetze thun. Die Anwendung hievon auf das obligatorische Verhältniß ergiebt sich dann von selbst. Dagegen bedürfen die Fälle der absoluten und der blos relativen Unzurechnungsfähigkeit des Thäters sowohl ihrer Natur nach, als mit Rücksicht auf die Bestimmungen des römischen Rechts, welches dieselben von einander trennt, einer abgesonderten Darstellung und Beurtheilung.

Zwar sind die Resultate in beiden Fällen die gleichen, allein in sich sind sie zu verschieden, als daß sie zweckmäßig in Eine Darstellung zusammengefaßt werden könnten. Dort handelt es sich nämlich von einem schlechthin oder absolut unzurechnungsfähigen Subjecte, dem, es mag was immer für eine verletzende Handlung begehen, dieselbe niemals zur Schuld angerechnet werden kann; hier dagegen von einem an sich zurechnungsfähigen Subjecte, dem im Allgemeinen jede verübte Handlung imputirt werden kann, und welches nur in Beziehung auf eine einzelne in Frage stehende Verletzung aus besonderen Gründen nicht für zurechnungsfähig gelten kann. Daher ist das, was in beiden Fällen dem Richter zu erweisen ist, um von der Ersatzpflicht durch gerichtliches Erkenntniß freigesprochen zu werden, wesentlich verschieden.

I. Der Thäter ist absolut unzurechnungsfähig, z. B. ein infans oder furiosus. Dann ist er nach römischem Rechte schlechthin und unter allen Umständen von der Ersatzpflicht befreiet, sollte er z. B. auch noch so reich, der Verletzte auch noch so arm, und der angestiftete Schaden auch noch so groß seyn. Dieser Grundsatz ist im römischen Rechte auf eine so klare und unzweifelhafte Weise ausgesprochen, daß es in der That auffallen muß, wie eine Reihe zum Theil der angesehensten Rechtsgelehrten, z. B. Böhmer, Hommel, Schaumburg, Wehrn, Menke, Tevenar, Schmidt, Schöman und zuletzt Diedeman[1]) das grade Gegentheil davon behaupten, und dem Verletzten nach römischem Rechte die Befugniß zuschreiben konnten, aus den Gütern des Thäters entschädigt zu werden. Entweder hielten jene Schriftsteller das Prinzip des römischen Rechts nach ihren rechtsphilosophischen Systemen für ungerecht und unbillig*), und waren daher bemüht, es auf jede Weise, zum Theil durch die abgeschmacktesten

1) Diese Schriftsteller sind sämmtlich bei Weber, natürl. Verbind. S. 272. Anm.; Glück, Commentar, Thl. 1. S. 67. Anm. Thl. 10. S. 295. Anm. 74.; und Thibaut, Pand. System, §. 275. Anm. z. ed. 7., angeführt.

*) Von diesen philosophischen Systemen s. unten §. 26 f.

Argumente zu beseitigen; oder es schwebte ihnen dabei das altgermanische und mittelalterliche deutsche Prinzip vor*), welches sie auch dem römischen Rechte unterzuschieben bemüht waren. Am originellsten ist hier wohl Schöman[2]), welcher die Ansicht aufstellt, der furiosus könne jedenfalls (nämlich als Thier) mit der actio de pauperie nach Analogie von L. 4. D. si quadrup. (9. 1.) belangt werden, da doch schon die Glosse zu L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2.) mit Recht bemerkt:

Non per omnia similis est furiosus quadrupedi, cum pro quadrupede detnr actio de pauperie, pro furioso nulla, ut supra de R. V. (L. 60. D. de R. V.): quod infans vel furiosus possessor perdidit corrupit, impunitum est.

Auch hat Thibaut[3]) längst unwiderleglich dargethan, daß die L. 46. D. de obl. et act. (44. 7.) und L. 25. §. 2. D. ad Sct. Trebell. (36. 1.) nicht nur nichts für die Ansicht der Gegner beweisen, sondern auch daß dieselbe durch eine Reihe der klarsten, unzweideutigsten Gesetze vollständig widerlegt werde. Unter diesen Umständen kann der subjectiven Ansicht, daß der Grundsatz des römischen Rechts nach Naturrecht ungerecht und unbillig sey, oder daß das altgermanische Prinzip den Vorzug vor dem römisch-rechtlichen Prinzipe habe, begreiflicher Weise kein Einfluß eingeräumt werden. Allein es dient dieß jedenfalls zur Erklärung der Tendenz jener Schriftsteller, und ähnlichen Erscheinungen werden wir auch noch sonst auf dem Gebiete des gerade in der Lehre vom Schadensersatze vielfach so hoch gepriesenen römischen Rechts begegnen.

So heißt es vorerst in L. 61. D. de adm. et per. tut. (26. 7.):

Impune autem puto admittendum quod per furorem alicujus accidit, quomodo si casu aliquo sine facto personae id accidisset.

---

*) Von diesem s. unten §. 13.

2) Vom Schadensersatze, Thl. 1. S. 42 f.

3) Versuche Thl. 2. S. 187 f.

Ferner in L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2.):

Et ideo quaerimus, si furiosus damnum dederit an legis Aquiliae actio sit? Et Pegasus negavit. Quae enim in eo culpa est, cum sanae mentis non sit? Et hoc verissimum. Cessabit igitur Aquiliae actio quemadmodum si quadrupes damnum dederit (Aquilia cessat) aut (si) tegula ceciderit. Sed et si infans damnum dederit, idem erit dicendum. Quod si impubes id fecerit, Labeo ait, quia furti tenetur, teneri et Aquilia eum, et hoc puto verum, si sit jam injuriae capax.

Auch in L. 14. D. de off. praes. (1. 18.) werden nur die Aufseher des furiosus, wenn sie sich eine Unachtsamkeit zu Schulden kommen ließen, für den vom furiosus angestifteten Schaden verantwortlich gemacht. Mithin haftet der furiosus selbst für den Schaden nicht. Endlich beruft sich Thibaut[4]) auch noch auf L. 31. D. de nox. act. (9. 4.) und L. 1. §. 3. D. si furt. (47. 6.), wonach der Herr wegen des durch seinen Sclaven verursachten Schadens nur dann belangt werden kann, wenn letzterer eine Handlung begangen hat, wegen welcher er als freier Mann (si liber fuisset) selbst hätte belangt werden können, woraus sich ergiebt, daß der Herr für unverschuldete oder nicht zurechenbare Handlungen des Sklaven nicht haftet. Allerdings dient auch diese Berufung zur Unterstützung der richtigen Ansicht. Allein man kann in dieser Beziehung noch viel weiter gehen, d. h. sich überhaupt auf das ganze System der Römer in der Lehre vom Schadensersatze berufen, welches auf dem Grundprinzipe der Zurechenbarkeit der verletzenden Handlung, z. B. auch im Obligationsnexus (§. 7.), beruht.

Die älteren Rechtslehrer, z. B. Prosper Farinacius, Menoch und Carpzov lassen jedoch eine Ausnahme von der obigen Regel alsdann eintreten, wenn der Thäter durch eigene Verschuldung gemüthskrank geworden sey, und auch Stryk neigt sich einiger ausgesprochenen Zweifel ungeachtet zu dieser

4) a. a. O. Thl. 2. S. 190.

Theorie hin. Er beruft sich in seinem Usus mod. Pand. Lib. 9. Tit. 1. §. 2. vorerst auf die Auctorität Carpzov's (Prax. crim. P. 3. Qu. 145. Nr. 46.) und führt aus Prosp. Farinacius (Quaest. 94. Nr. 34.) als Beispiel den Fall an, wenn Jemand schädliche Substanzen mit dem Bewußtseyn daß aus dem Genusse derselben Wahnsinn oder Tollheit entspringe, zu sich nehme. Zwar erkläre Farinacius diesen Fall für einen casus vix dabilis, und auch Menoch (de arbitr. jud. Lib. 2. cas. 235. Nr. 19 sq.) spreche sich in diesem Falle für die Nichtzurechnungsfähigkeit des Schaden anstiftenden Thäters aus, weil der Beweis jenes Bewußtseyns, worauf doch allein die Zurechenbarkeit beruhe, nie mit Sicherheit geführt werden könne. Allein wenn die selbstverschuldete Gemüthskrankheit in rechtliche Gewißheit gebracht werden könne, so sey nicht einzusehen, weßhalb der Thäter für die von ihm in diesem Zustande verübte Schadenszufügung nicht ex lege Aquilia sollte belangt werden können, da ja auch Verletzungen in der Trunkenheit verübt als culpos imputirt würden. Dabei beruft sich Stryk auf Carpzov Qu. 45. Nr. 39. wo aber von dem Falle einer selbstverschuldeten Gemüthskrankheit gar nicht die Rede ist.

Diese Idee wurde auch noch später in Anregung gebracht. So z. B. verweist Weber in seiner Schrift über Injurien und Schmähschriften (Thl. I. S. 66. Anm.) in dieser Hinsicht auf die deutsche Monatsschrift vom J. 1791., April S. 348 f., mit dem Bemerken: „es werde die widersinnige Theorie, daß man einen Verstandeslosen gleich andern Delinquenten behandeln könne, wenn er durch seine Schuld rasend geworden sey, wohl nicht aufkommen". Allein sie hat grade jetzt an Heinroth einen sehr eifrigen Vertheidiger gefunden, nach dessen Theorie, wenn sie gegründet wäre, gemüthskranke Personen sogar unbedingt für ersatzpflichtig und strafbar erklärt werden müßten, nur daß die Strafe an ihnen erst nach ihrer Wiedergenesung vollzogen werden soll. Ueber den Schadensersatz hat sich freilich Heinroth in keiner Beziehung näher ausgesprochen, allein dieser würde wohl schon früher aus dem Vermögen des Thäters in Anspruch genom-

men werden können, indem die Gründe, welche für den Aufschub der Strafe sprechen, auf den Schadensersatz keine Anwendung finden. Mit Rücksicht auf diese Theorie bemerkt Heinroth[5]: „es habe sich öfter zugetragen, daß eine Wissenschaft Dinge demonstrirt habe, die dem unbefangenen Verstande durchaus nicht einleuchten wollten, weil sie gegen die ursprüngliche Ueberzeugung des Menschenbewußtseyns stritten". Und dieß ist allerdings hier in einem vorzüglichen Grade der Fall.

Während man nämlich früher die Geistes- oder Gemüthskrankheiten fast durchgängig nur aus krankhaften Zuständen des körperlichen Organismus ableitete, haben Heinroth und zum Theil auch Henke und Masius den Satz aufgestellt, daß diese Leiden Krankheiten der Persönlichkeit überhaupt, und sonach zugleich leibliche und Seelenkrankheiten seyen, und daß ihr Ursprung vorzugsweise in moralischen Verirrungen zu suchen sey. Namentlich Heinroth erklärt alle eigentlichen Seelenkrankheiten, im Gegensatze der s. g. gebundenen Zustände, welche aus einer somatischen Krankheit entspringen, für Leiden, welche in einer durch Sünde selbstverschuldeten Unfreiheit der Person ihren Grund haben, daher denn die in einem solchen Zustande verübten Verbrechen dem Thäter jedenfalls zur culpa zugerechnet werden sollen. Hierüber drückt sich Heinroth[6] auf folgende Weise aus: „die Seelenstörungen haben keine entschuldigende Kraft vor dem Richterstuhle der Vernunft, so wenig als eine mit Vorwissen des Menschen entstandene Trunkenheit. Ein solcher kann indeß nicht für den Frevel, den er in diesem Zustande begangen, noch während dieses Zustandes bestraft werden, sondern, wie der Trunkene, nur für diesen Zustand, wenn er wieder genesen ist". Und dabei sucht Heinroth a priori zu erweisen, daß das einzig zulässige Strafübel in der fortgesetzten Detention desselben im Irrenhause nach seiner Wiedergenesung bestehe. Ist solchemnach der Thäter jedenfalls wegen culpa

5) In Hitzig's Zeitschrift für preuss. Strafrechtspflege, Bd. 8. S. 96.

6) a. a. O. S. 139.

ſtrafbar, ſo muß er aus demſelben Grunde auch zur Schadloshaltung des Verletzten verpflichtet ſeyn und die Koſten der Unterſuchung tragen.

Es iſt hier nicht der Ort, uns auf die Unhaltbarkeit der Grundlage dieſer Theorie Heinroth's einzulaſſen, ſondern es genügt die Bemerkung, daß ſelbſt wenn ſie im Allgemeinen gegründet wäre, von keiner Geſetzgebung eine Haftung des Thäters anerkannt werden könnte, weil der Beweis, daß derſelbe im vorliegenden Falle durch eigene Verſchuldung gemüthskrank geworden ſey, zu den juridiſch unmöglichen Beweiſen gehört. Sehr ſchön bemerkt in dieſer Beziehung Roſſi[7]):

„Il est possible, qu'il y ait des folies dont la responsabilité morale pèse sur ceux qui en sont atteints, des folies, pour ainsi dire, voulues, en tant que le malade avait pu prévoir qu'en suivant un certain genre de vie, en négligeant certaines distractions ou certaines remèdes, en insistant avec trop de complaisance sur certaines idées, il pouvait en résulter pour lui la démence. Mais la justice humaine ne saurait demander compte de ces faits, ni de ceux qui auraient été commis par l'effet d'une folie qu'on croirait procurée. Ce sont là des mystères qu'elle n'a ni droit ni intérêt de pénétrer. Les actes commis en état de démence n'en sont pas moins des actes voulus, commencés et executés sans moralité. Cela suffit; il n'y a point d'imputabilité aux yeux de la justice humaine".

§. 6.

II. Der Thäter iſt nur relativ, d. h. nur in Beziehung auf die vorliegende Verletzung nicht zurechnungsfähig. In dieſer Beziehung ſind zwei Hauptfälle zu unterſcheiden:

1) der Thäter beging die Verletzung in einem ſ. g. gebundenen Seelenzuſtande, d. h. in einem Zuſtande, wo die Selbſtbeſtimmungs-Fähigkeit nicht (wie bei den eigentlichen Geiſteskrankheiten) bleibend aufgehoben, ſondern nur, beſonders in Folge

7) Traité de droit pénal 2. 17. p. 278.

gewisser körperlicher Zustände, vorübergehend gebunden ist. Es gehören dahin z. B. das delirium, das Nachtwandeln, der Mittelzustand zwischen Schlafen und Wachen, und der Zustand der Sinnen-Verwirrung, welcher durch heftige und plötzlich wirkende äußere Eindrücke und die dadurch erregten Affecte, z. B. Furcht, Schrecken, Zorn, erzeugt wird. Auch die Trunkenheit ist dahin zu zählen. Allein damit ist nicht gesagt, daß schlechthin alle in diesen Zuständen verübte Verletzungen nicht imputabel seyen, indem, wenn der Thäter sich durch eigene Verschuldung in einen Zustand versetzte, in welchem für ihn die Möglichkeit nach Willkür zu handeln aufgehoben wurde, ihm die That allerdings, wenn auch nur mittelbar zur Schuld zugerechnet werden kann. Dieß gilt namentlich von der Trunkenheit, welche daher nur entschuldigen kann, wenn der Thäter auf völlig unverschuldete Weise in den Zustand derselben versetzt wurde, so wie von Affecten und Leidenschaften, welche an sich nicht die Zurechnung ausschließen, weil sie das Bewußtseyn der Rechtswidrigkeit der verübten Handlung nicht aufheben, und es eben die Aufgabe des Menschen ist sie zu überwinden. Wenn dagegen der Thäter durch fremde rechtswidrige Handlungen, also unverschuldet, entweder in den Zustand der höchsten Furcht oder des Schreckens und eine dadurch herbeigeführte Sinnen-Verwirrung, oder in den höchsten Grad eines gerechten Zorns versetzt wurde, und in diesem nicht selbst verschuldeten Zustande eine rechtsverletzende Handlung beging: so kann ihm dieselbe nach dem im §. 5. entwickelten Grundsatze des römischen Rechts weder zur Strafe noch zum Schadensersatze zugerechnet werden. Aber auch beim Zustande des Nachtwandelns kann eine mittelbare Zurechnung zur Schuld Statt finden, wenn nämlich der Thäter aus Erfahrung wußte, daß er in diesem Zustande zu gewissen Verletzungen geneigt sey, und gleichwohl so unvorsichtig war, gefährliche Instrumente, z. B. Waffen oder Feuer, in seiner Nähe zu halten, und damit wiederholt einen Schaden anstiftete. Dahingegen kann sich freilich (wie dieß wohl behauptet worden ist), Niemand absichtlich in den Zustand des Nachtwandelns, wie in den der Trunkenheit versetzen, um darin eine vorher beschlossene Rechtsver-

letzung nach Gesetzen der inneren Natur begehen zu müssen*). Auch in Beziehung auf den Somnambulismus ist neuerdings diese Frage aufgeworfen worden**). Weiter kann hier jedoch auf diese in das Strafrecht gehörigen Fälle nicht eingegangen werden; sie durften aber auch nicht unberührt bleiben. Von ihnen verschieden ist:

2) der casus fortuitus, d. h. der reine Unglücksfall, welcher sich in einer Person ereignet, die zur Zeit der Verletzung weder dauernd noch auch nur vorübergehend der Selbstbestimmungs-Fähigkeit beraubt war, sondern den vollen Gebrauch ihrer höheren Gemüthskräfte hatte, der aber die begangene Verletzung aus Mangel an Verschuldung eben so wenig imputirt werden kann. Hier befinden wir uns auf derjenigen Grenzlinie, wo das Gebiet der culpa aufhört und der reine Zufall anhebt. Diese Grenzlinie zwischen culpa und casus bestimmt das römische Recht dahin, daß die Haftung für Schadenszufügungen wegfalle, wenn der Thäter eine Aufmerksamkeit bewiesen habe, welche ein ordentlicher vorsichtiger Mann nach gewöhnlichen menschlichen Kräften anwende, ohne sich in Aengstlichkeiten und Pedantereien zu verlieren. „Zwar, bemerkt Haffe[1]), verlangt die lex Aquilia die äußerste Sorgfalt, damit keine culpa eintrete (in lege Aquilia et levissima culpa venit); allein sie verlangt doch nicht mehr als den Fleiß, den sorgsame Menschen gewöhnlich anwenden, folglich gehört niemals mehr zur Vermeidung der culpa als mittelmäßiger Fleiß nach der gewöhnlichen Anstrengungsfähigkeit eines Menschen. Was darüber hinausliegt, gehört schon zum casus fortuitus und wird keineswegs zugerechnet, wenn gleich Jemand die physische Ursache des Ereignisses gewesen". Auch die P. G. O., welche sich darin dem römischen Rechte anschließt, bestimmt die Grenze zwischen der Fahrlässigkeit und dem Zufalle im Allgemeinen treffend dahin (Art. 146.), daß der schädliche Effect, welcher aus einer

*) Kritik des Kleinschrod'schen Entw. von Feuerbach, Bd. 2. S. 229.

**) Rossi l. c. 2. 17. S. 280.

1) Die Culpa des röm. Rechts. §. 15. a. E.

„ziemlichen und unverbotenen Handlung" entstehe, die „auf die gehörige und übliche Art und Weise und an einem Orte verrichtet sey, wo dergleichen Handlungen gewöhnlich vorgenommen würden", als bloßes Unglück angesehen werden solle[2]). Dabei bleibt die Entscheidung der Frage, ob nach den gegebenen Umständen der Thäter diejenige Aufmerksamkeit und Besonnenheit bewiesen habe, welche gesetzlich erfordert wird um ihn von der Haftung zu befreien, der vernünftigen Beurtheilung des Richters in concreto überlassen, und hierauf, weil es sich von einer res oder quaestio facti handelt, weisen auch die römischen Gesetze ausdrücklich hin. Doch haben sie zugleich beispielsweise einige Fälle hervorgehoben, wo ein reiner casus anzunehmen sey. So z. B. heißt es in L. 30. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.): wenn Jemand mit aller Vorsicht auf seinem Acker Feuer anzündet, um Stoppeln zu verbrennen, und ein plötzlich eintretender Wind treibt das Feuer auf des Nachbarn Grundstück und veranlaßt eine Brandstiftung, so ist gegen ihn die Aquilische Klage nicht gegründet (Si omnia quae oportuit observavit et subita vis venti ignem longius produxit, caret culpa). In Lib. 31. D. eod. trägt Paulus den bekannten Fall vor, daß beim Beschneiden der Bäume ein herabgefallener Zweig oder sonst eine beschädigende Sache einen Vorübergehenden getödtet hatte. Hier kommt es, bemerkt Paulus, darauf an, ob ein achtsamer Mann (diligens) die Gefahr vorhersehen konnte, und ob der Thäter diejenige Sorgfalt anwandte, welche gewöhnlich menschlichen Kräften gemäß ist. Wußte er daher, daß Leute über den Platz, in dessen Nähe er seine Bäume beschnitt, vorüberzugehen pflegen, so mußte er theils hierauf Acht geben, theils dem Vorbeigehenden zur rechten Zeit zugerufen haben. War hingegen der Platz nicht besucht und ging zufällig Jemand vorbei, so haftet er für den Schaden nur dann, wenn er den Vorübergehenden sah und ihm nicht zurief*). Ein anderer Fall ist in L. 52. §. 4. eod. vorgetragen:

2) Jarke Handbuch des Strafrechts. Thl. 1. S. 136.

*) Dieser Fall ist auch in den deutschen Rechtsquellen, wie sich weiter unten ergeben wird, besonders hervorgehoben.

Cum pila complures luderent, quidam ex his servulum, cum pilam praecipere conaretur, impulit, servus cecidit et crus fregit. Quaerebatur, an dominus servuli lege Aquilia cum eo, cujus impulsu ceciderat, agere possit? Respondi non posse, cum casu magis quam culpa videretur factum.

Allerdings, bemerkt Hasse a. a. O., würde durch Aufbietung der höchsten Sorgfalt ein Unglücksfall der Art vermieden werden können. Aber wie kann das Gesetz verlangen, daß man immer in dem Grade gespannt sey, und vollends beim Spiele?

Wenn dagegen in einigen Stellen auch von einem Haften für casus die Rede ist, so darf man nicht ausser Acht lassen, daß nach römischem Sprachgebrauche casus im Gegensatze von dolus auch so viel als negligentia, und damnum casuale im gleichen Gegensatze so viel als damnum culpa datum bezeichnet [3]). Daher bedienen sich die römischen Juristen zur Bezeichnung des eigentlichen casus öfter des Ausdrucks casus fortuitus. Auch in den altgermanischen Volksrechten kommt sowohl für den unverschuldeten (casus fortuitus), als verschuldeten Unglücksfall (culpa) der allgemeine Ausdruck casus, d. h. nicht Zufall, sondern Unglücksfall, im Gegensatze der beabsichteten Verletzung, vor [4]).

Merkwürdig ist es aber, daß das römische Recht die Aerzte nicht blos (wie sich von selbst versteht) für Nachlässigkeiten in der Ausübung ihrer Wissenschaft, sondern auch für Verletzungen aus Unkenntniß (imperitia) verantwortlich macht. Es heißt nämlich in L. 6. §. 7. D. de officio praesid. (1. 18.):

Sicut medico imputari eventus mortalitatis non debet, ita quod per imperitiam commisit imputari ei debet; praetextu humanae fragilitatis delictum decipientis in periculo homines innoxium esse non debet.

---

3) L. 9. D. de incend. ruina (47. 9.). L. 5. §. ult. L. 16. §. 8. L. 28. §. 12. D. de poenis (48. 19.). Voet ad Tit. D. ad leg. Aquil. §. 29.

4) Gaertner ad leg. Saxon. 12. p. 95.

Ferner in §. 7. J. de lege Aquil. (4. 3.):

Imperitia quoque culpae adnumeratur, veluti si medicus servum tuum occiderit, quia male eum securit aut perperam ei medicamentum dederit.

Eben so in L. 7. i. f. L. 8. D. ad leg. Aquil. (9. 2.), und dieser Satz ist denn auch in die P. G. O. Art. 134. übergegangen, verbis: „Item so ein Arzt aus Unfleiß (culpa) oder Unkunst (Mangel an Kenntnissen, imperitia) und doch unfürsetzlich Jemanden mit seiner Arzenei tödtet ... der soll nach Gelegenheit der Sachen .... gestraft werden". Zwar hat Mittermaier[5]) die Anwendbarkeit dieser Bestimmung des römischen und deutschen Rechts (freilich nur in Beziehung auf die Strafe, aber folgerichtig auch in Beziehung auf den Schadensersatz) bezweifelt, und zwar aus dem Grunde, weil sie auf Voraussetzungen gegründet sey, die gegenwärtig sich geändert hätten, indem heut zu Tage die Aerzte vom Staate examinirt und approbirt würden. Allein gegen diese Argumentation dürfte mit Grund einzuwenden seyn, daß eines Theils der Satz: **cessante ratione legis cessat lex ipsa** ein ganz unerweislicher Satz ist; andern Theils daß der Arzt durch das bloße Examen und die Autorisation zur Praxis noch nicht die nöthige Weisheit erlangt; und endlich, daß es nicht unbillig scheint, einen Stümper, welcher die Leute zu Tode curirt, dafür, daß er die Patienten auf Kosten ihres Lebens getäuscht hat, zu strafen[6]). Und eben auf diesen Grund (das **decipere homines in periculo**) stützt sich die Vorschrift des römischen Rechts, womit übereinstimmend es auch in L. 8. §. 1. D. ad leg. Aquil. heißt: **nec videtur iniquum si infirmitas culpae adnumeretur, cum affectare quisque non debeat, in quo vel intelligit vel intelligere debet, infirmitatem suam aliis perniciosam futuram.** Auf der andern Seite scheint frei-

5) Im N. Arch. des Criminalrechts Bd. 3. S. 355.

6) Der Beweis ist aber freilich in der Regel schwer zu führen. Vgl. N. Arch. Bd. 3. S. 346—57., Jahrg. 1834. S. 452—455. Meister, prakt. Bemerk. Bd. 2. Nr. 15.

lich das Gesetz von einem Stümper zu viel zu verlangen, wenn es ihm zumuthet, daß er in Anerkennung dessen was er ist, sich von der Praxis, namentlich bei schweren Krankheitsfällen zurückziehe, um nicht die Patienten, die ihn im Vertrauen auf seine Kenntnisse beigezogen haben, um ihre Gesundheit oder gar um ihr Leben zu bringen. Man muß noch mehr behaupten. Jene Bestimmung des römischen Rechts und der P. G. O. enthält offenbar einen groben Mißgriff, wie die genauere Betrachtung der culpa und imperitia ergiebt. Geht man von der gewiß richtigen Ansicht aus, daß culpose Verletzungen ihren Grund nicht in einem Verstandesfehler oder Mangel an Erkenntniß, sondern, wie schon Ulpian in Lib. 7. §. 2. D. ad leg. Aq. (9. 2.) bemerkt, in einer rechtswidrigen Willensbestimmung haben, indem der Thäter, wenn er auch den Erfolg nicht wollte, doch diejenige Handlung wollte, aus welcher der unbeabsichtete und vorherzusehende Erfolg hervorging: so kann alsdann mit Recht eine Zurechnung zur Schuld, sowohl auf dem Gebiete des Straf- als des Civilrechts, angenommen werden*). Denn entweder sah der Handelnde den unbeabsichteten Erfolg als möglich voraus und wagte dennoch die Handlung, oder er hätte ihn bei einiger Ueberlegung vorhersehen können und müssen (intelligit aut intelligere debet L. 8. D. cit.), und dann kann ihm sowohl das eine wie das andere zur Schuld zugerechnet werden. Wenn dagegen unbeabsichtete Verletzungen ihren Grund in einem reinen Verstandesfehler

*) Diejenigen, welche culpose Verletzungen einem Verstandesfehler, d. h. dem Mangel des rechten Gebrauchs des Verstandes oder überhaupt der Erkenntnißkräfte zuschreiben, müssen, wie sie es auch thun, culpose Verbrechen von dem Gebiete des Strafrechts ausschließen, weil die Strafdrohung ihrer Natur nach nur gegen widerrechtliche Aeusserungen des Willens, nicht aber auch gegen Fehler und Irrthümer des Verstandes gerichtet seyn kann, so wünschenswerth es auch wäre, wenn der Staat durch Strafdrohungen alle einfältigen Leute klug machen könnte. Auf den Schadensersatz leidet dieß aber keine Anwendung, weil es bei diesem nicht auf Abschreckung abgesehen ist.

oder Mangel an Erkenntniß haben, wie z. B. der Fall ist, wenn ein Arzt oder Apotheker aus Mangel an Kenntnissen oder Beurtheilungskraft einen Patienten am Leben oder an der Gesundheit verletzte, so muß jede Haftung des Thäters für den angestifteten Schaden nothwendig wegfallen, indem man eben so gut einen Blinden seines Blindseyns wegen strafen könnte! Denn der Verstand sieht das was er sieht, nicht weil er es sehen will, und daher paßt das intelligit vel intelligere debet in L. 8. D. cit. nicht auf ihn, sondern weil er nach seinen Fähigkeiten und nach den Eindrücken, die er von Aussen erhält, es sehen muß. Irrthum ist für ihn, so lange er im Irrthum ist, Wahrheit[7]). Ob aber Mißgriffe in einem Gesetze den Richter berechtigen, das Gesetz nicht zur Anwendung zu bringen, ist eine andere Frage.

§. 7.

B. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus durch fremde Widerrechtlichkeit oder bloße Naturkräfte ausser dem Menschen.

„Hier, bemerkt Schöman[1]), gilt es vorzüglich den rechtlichen Folgen des unausgebildeten Perceptionsvermögens des Einzelnen, seiner unausgebildeten Urtheilskraft und der Responsabilität für dergleichen Mängel. Wie weit geht also — dieß ist die hier zu beantwortende Frage — die Schuldigkeit des Bürgers, schädliche Wirkungen der Natur zu erkennen, wie weit erstreckt sich seine Verbindlichkeit, diese so wie auch schädliche Handlungen dritter Personen zum Vortheil seines Mitbürgers zu verhindern?"

Da ausserhalb des Obligationsnexus keine Verpflichtung zu einem positiven Thun zum Vortheil Anderer besteht[2]), so kann die Frage: inwiefern es Pflicht des Menschen sey, den vernichtenden oder verderbenden Einflüssen des Naturorganismus oder dritter Personen zum Vortheil Anderer zu begegnen, oder dieselben von des Mitbürgers Eigenthum abzuwenden, nur in Beziehung auf

---

7) Pfitzer, Beiträge zur Criminalgesetzgebung. §. 97. und 103.

1) Lehre vom Schadensersatz. Thl. 1. S. 75.

2) Hasse, von der Culpa. §. 3. 4.

Vertrags- oder vertragsähnliche Verhältnisse, welche eine obligatio ad diligentiam begründen, aufgeworfen und beantwortet werden. Bei ausserobligatorischen Verhältnissen kann von ihr nicht die Rede seyn.

Das römische Recht stellt auch hier, wie bei der lex Aquilia, den Grundsatz auf: die Verpflichtung des Contrahenten zur Entschädigung des andern Contrahenten ist durch die Verschuldung desselben bedingt, fällt mithin weg, wenn der Schaden seinen Grund in einem reinen Zufalle hatte. Denn es heißt in L. 23. D. i. f. de R. J. (50. 17.): casus a nullo praestantur, d. h. der Schuldner hat so wenig wie irgend Jemand für Zufälle einzustehen. Nur freilich erleidet dieser Grundsatz in obligatorischen Verhältnissen einige nicht unbeträchtliche Modifikationen, kommt mithin hier nicht so unbedingt und ausnahmelos wie bei Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus zur Anwendung. Um nun diese Modificationen auf ihre Gründe zurückzuführen, hat Wächter[3]) mit dem Grundsatze: casus a nullo praestantur ein denselben modificirendes zweites Prinzip des römischen Rechts, nämlich: impossibilium nulla datur obligatio, verbunden, und diese sollen bei Obligationen, welche eine Sachleistung zu ihrem Gegenstande haben, aussagen: der Schuldner haftet für den Zufall dann nicht, wenn er den Gegenstand der Leistung nicht prästiren kann, oder derselbe für ihn unmöglich geworden ist. Unmöglich ist aber der Gegenstand der Leistung nur dann, wenn er eine certa species ist. Denn geht diese zu Grunde oder wird sie beschädigt, so kann der Schuldner diese bestimmte Species, beziehungsweise in ihrer ursprünglichen Gestalt, nicht mehr leisten, und da er für den casus nicht zu haften braucht, so ist er seinem Gläubiger auch nicht zum Ersatz verpflichtet. Mithin trägt in diesem Falle der Gläubiger das periculum interitus und deteriorationis, und dabei ist es denn, wie bereits oben (§. 3.) bemerkt wurde, gleichviel, ob die certa species dem Gläubiger oder dem Schuldner eigenthümlich gehörte, daher

3) Arch. für civilist. Praxis. Bd. 15. S. 116 f.

denn von dem Satze: casum sentit dominus gar kein vernünftiger Gebrauch gemacht werden kann. Kann man hingegen nicht sagen, daß die Leistung dem Schuldner unmöglich geworden sey, so trägt er das periculum interitus und deteriorationis, und dies ist der Fall:

1) wenn der Schuldner etwas alternativ oder eine beliebige Sache aus einem bestimmten Genus von Sachen, z. B. eines seiner Pferde, zu leisten hat (genus non perit). Denn so lange noch Stücke übrig sind, kann der Schuldner noch leisten und sich daher auf den Satz: impossibilium nulla datur obligatio nicht berufen. Erst dann, wenn auch das letzte Stück durch casus zu Grunde gegangen ist, wird er von seiner Verbindlichkeit frei, und braucht nach dem Grundsatze: casus a nullo praestantur auch keinen Ersatz zu leisten.

2) wenn der Gegenstand der Leistung eine Quantität z. B. eine bestimmte Summe Geldes ist. Wenn also z. B. der Entlehner sich auf den Weg begiebt, um dem Gläubiger das Darlehn zu restituiren und es wird ihm unterwegs geraubt, so trägt er das periculum. Denn da nicht das Geld, welches er in der Tasche hatte, sondern im Allgemeinen eine bestimmte Summe Geldes den Gegenstand der Leistung ausmacht, so kann er sich, wenn ihm jenes geraubt wird, nicht darauf berufen, daß ihm die Geldleistung überhaupt unmöglich gemacht sey. Er kann ja noch immer aliae res ejusdem naturae et qualitatis geben, und zu mehr ist er ja überhaupt nicht verpflichtet. Wenn dagegen [4]):

3) der Vertrag bedingt abgeschlossen ist, und die specielle Sache vor dem Eintritt der Bedingung durch casus zu Grunde geht oder deteriorirt wird, so trägt der Promittent nur das periculum interitus, nicht aber auch das periculum deteriorationis. Dies erklärt sich aus der Natur der bedingten Verträge, welche nur dann Wirksamkeit haben, wenn das Object derselben zur Zeit des Eintritts der Bedingung noch existirt. Insofern hat

4) Wächter, a. a. O. S. 200 f., besonders Note 21.

z. B. bei einem bedingten Kaufvertrage der Verkäufer das **periculum interitus** zu tragen, wenn die Sache vorher durch **casus** zu Grunde ging. Wurde sie aber durch **casus** nur deteriorirt, so treten hier die von der Leistung einer schuldigen **certa species** geltenden Grundsätze ein, d. h. der Verkäufer braucht dem Käufer keinen Ersatz dafür zu leisten. Letzterer trägt mithin das **periculum deteriorationis**. Das Gleiche gilt:

4) wenn ein ganzes Genus gekauft ist, dasselbe aber erst zugemessen, zugewogen, zugezählt oder probirt werden soll, indem man hier mit Gajus in **L. 35. §. 5. D. de contr. emt.** (18. 1.) sagen kann, der Kauf sey gleichsam unter der Bedingung (**quasi sub conditione**) des Zumessens u. s. w. abgeschlossen worden.

Allerdings gebührt dieser Combination der beiden Rechtsregeln: **impossibilium nulla datur obligatio** und: **casus a nullo praestantur** das Lob des Scharfsinnes, und es wird namentlich dadurch einleuchtend, weßhalb die letztere, bei Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus unbedingt zur Anwendung kommende Rechtsregel im Obligationsnexus erhebliche Beschränkungen erleidet. Allein ob die römischen Juristen sich wirklich jener beiden Rechtsregeln zur Entscheidung der hieher gehörigen Fälle bedient haben, dürfte sehr zu bezweifeln seyn. Denn abgesehen davon, daß sie sich in keiner einzigen Stelle auf den Satz **impossibilium nulla est obligatio** als Entscheidungsnorm für das Tragen des **casus** berufen: so sagt dieser Satz nach **L. 31. D. de R J.** (vgl. mit **§. 11. J. de inut. stip.** (3. 19.) **L. 31. D. de O. et A.** (44. 7.) **L. 141. §. 4 D. de V. O.** (45. 1.) u. s. w.) nur aus, daß Verträge, welche eine von Anfang unmögliche Leistung zum Gegenstande haben, ungültig (d. h. nichtig) seyen. Hierauf wird er auch durchgehends von den neueren Juristen bezogen, während Wächter ihn umgekehrt auf das Aufhören oder Erlöschen einer von Anfang gültigen Obligation bezieht. Endlich auch spricht gegen die Combination jener beiden Rechtsregeln der Umstand, daß wenn der Satz **impossibilium nulla datur obligatio** aussagen soll: „wird eine Lei-

stung durch Zufall ganz oder theilweise unmöglich, so wird der Schuldner von der Verbindlichkeit die Leistung zu erfüllen ganz, beziehungsweise theilweise befreiet", es daneben nicht noch des Rechtssatzes: casus a nullo praestantur bedarf, indem dieser schon in jenem Satze enthalten ist. Denn wenn der Schuldner durch den casus von seiner Verbindlichkeit wirklich befreiet wird, so kann er auch nicht zum Schadensersatze angehalten werden, weil, so lange noch Schadensersatz zu leisten ist, die Verbindlichkeit des Schuldners fortdauert. Das römische Recht stützt sich vielmehr in L. 23. D. de R. J., als der Hauptstelle, worin es das allgemeine Prinzip ausspricht, einzig auf den Rechtssatz: casus a nullo praestantur, und da in dieser Stelle zuvor ausgesprochen ist, daß die Contrahenten für dolus und culpa, d. h. für zurechnungsfähige Verletzungen im Obligationsnerus zu haften haben, so ist es mithin das Prinzip der Imputation, welches auch hier, wie in ausserobligatorischen Verhältnissen, für die Basis und das Fundament der Lehre vom Schadensersatze erklärt wird. Dieses Prinzip erleidet jedoch im Obligationsnerus einige erhebliche Modificationen, welche durch das Object der Leistung und die Form des Vertrags bestimmt werden. Hier kann man denn grade so argumentiren, wie es Wächter gethan hat, nur daß es dann der Zuziehung der (hierauf nach römischem Rechte ganz unanwendbaren) Rechtsregel: impossibilium nulla datur obligatio nicht bedarf. Will man dieses einen Wortstreit nennen, so mag man allerdings in gewissen Beziehungen darin Recht haben. Denn die Folgesätze bleiben unverändert dieselben, aber in einer Abhandlung über die Imputation muß Alles, was diesem Prinzipe angehört, demselben vindicirt werden, und mehr wollte der Verf. auch nicht thun.

§. 8.

Das römische Recht stellt im Obligationsnerus den allgemeinen Grundsatz auf: was dem debitor als dolus oder culpa zugerechnet werden kann, dafür haftet er immer. Ist aber der Gegenstand der Leistung eine certa species (eine individuell bestimmte Sache), welche der Schuldner rück- oder herausgeben

soll, und wird derselbe entweder durch fremde widerrechtliche Thätigkeit oder durch reine Naturübel an der Rück- oder Herausgabe derselben gehindert, ohne daß seine Kräfte zur Abwendung der Gefahr hinreichten, und ohne daß er dieselbe durch sein Verschulden herbeigeführt hat: so kann ihm die Nichterfüllung seiner Verbindlichkeit nicht imputirt werden, und daher ist er nicht verpflichtet, dem Gläubiger Ersatz dafür zu leisten (casus a nullo praestantur). Letzterer hat daher den Schaden als ein Unglück zu tragen. Da die Anwendung dieses Grundsatzes im römischen Rechte am häufigsten da vorkommt, wo der Gläubiger Eigenthümer der Sache ist, so mag man wohl mit Rücksicht hierauf die Rechtsregel: casum sentit dominus aufgestellt haben. Allein an sich betrachtet ist jener Umstand etwas zufälliges, wie bereits oben bemerkt wurde.

Beispielsweise mögen folgende Stellen aus dem römischen Rechte angeführt werden.

In Beziehung auf das Commodat heißt es in L. 1. §. 4. D. de O. et A. (vgl. auch L. 18. pr. D. commod. 13. 6. §. 3. J. quibus mod. re 3. 14.) folgendermaßen:

Is vero qui utendum accepit, si majore casu, cui infirmitas humana resistère non potest, veluti incendio, ruina, naufragio, rem quam accepit, amiserit, securus est. Alias tamen exactissimam diligentiam custodiendae rei praestare compellitur, nec ei sufficit eandem diligentiam adhibere quam in rebus suis adhibeat, si alius diligentius custodire potuerit. Sed et in majoribus casibus, si culpa ejus interveniat, tenetur, veluti si quasi amicos ad coenam invitaturus, argentum quod in eam rem utendam acceperit, peregre proficiscens secum portare voluerit, et id aut naufragio aut praedonum hostiumve incursu amiserit.

Die Verbindlichkeit des Commodatars, bei dem die geliehene Sache zu Grunde ging, dem Commodanten Ersatz zu leisten, ist diesemnach nur dann begründet, wenn er entweder nicht die höchste Sorgfalt (exactissimam diligentiam) zur Erhaltung der

Sache nach dem gewöhnlichen Maaße menschlicher Kräfte anwandte (si alius diligentius custodire potuerit), oder wenn er die vertragsmäßigen Grenzen überschritt und dadurch die Veranlassung zum Untergange der Sache wurde (si culpa ejus interveniat). In beiden Fällen findet eine Verschuldung von seiner Seite Statt, deren Folgen er mithin zu tragen hat. Ging aber die Sache durch einen casus major, cui infirmitas humana resistere non potest zu Grunde, so ist er ausser aller Verantwortung, hat mithin keinen Ersatz für dieselbe zu leisten.

Auch bei der Miethe befreiet der casus den Miether von der Ersatzleistung, §. 5. J. loc. et cond. (3. 24):

Qui pro usu aut vestimentorum aut argenti aut jumenti mercedem aut dedit aut promisit, ab eo custodia talis desideratur, qualem diligentissimus pater familias rebus suis adhibet. Quam si praestiterit, et alio casu fortuito rem amiserit, de restituenda ea re non tenebitur. Hiemit übereinstimmend heißt es auch in L. 28. Cod. h. t. (4. 6.5): non etiam casum, cui resisti non potest.

Den gleichen Grundsatz sprechen beim Kauf die L. 11. D. de peric. et comm. rei vend. (18. 6.), und beim Depositum die L. 14. §. 1. L. 20. D. depos. (16. 3.) und andere Stellen aus. Das Gleiche gilt vom Pfande nach §. 4. J. quib. mod. re (3. 14.):

Placuit sufficere quod ad eam rem custodiendam (creditor pigneratitius) exactam diligentiam adhiberet. Quam si praestiterit et aliquo fortuito casu rem amiserit, securum esse, nec impediri creditum petere. Hiemit übereinstimmend heißt es in L. 13. §. 1. L. 14. D. de pign. act. (14. 7.)

Venit autem in hac actione et dolus et culpa, ut in commodato, venit et custodia, vis major non venit; und so drücken sich auch L. 19. C. de pign. (8. 14.), L. 6. Cod. de pign. act. (4. 24.)-und andere Stellen aus.

Eben diesen Grundsatz spricht auch bei der Tutel die L. 50. D. de per. et adm. tut (26. 7.) aus:

Si res pupillaris incursu latronum pereat.... nihil eo nomine tutor praestare cogitur.

Ferner beim do ut des die L. 17. §. 4. D. praessr. verb. (19. 5.):

Si cum vestimenta mihi venderes, rogavero ut ea apud me relinquas ut peritioribus ostenderem, mox haec perierint vi ignis aut alia majore, periculum me minime praestaturum.

In diesen und noch andern Gesetzesstellen wird, wie sich dies im Grunde von selbst versteht, immer nur beispielsweise (veluti) vom incendium (vis ignis), naufragium, ruina, rapina, hostium incursus u. s. w. geredet, als den am häufigsten vorkommenden Fällen einer vis major cui infirmitas humana resistere non potest, welche den debitor speciei von der Ersatzpflicht befreien. Insofern kann nicht behauptet werden, daß der Diebstahl schlechthin und unbedingt von den Fällen der vis major ausgeschlossen sey. Denn es kommen, wie die Erfahrung lehrt*), öfter Diebstahlsfälle vor, welche auf keine Weise der Nachlässigkeit des Bestohlenen zur Last gelegt werden können, und es würde sich mit dem im römischen Rechte durchgreifenden Prinzipe der Imputation schwer vereinigen lassen, wenn man an dem Worte „vis" hängend, den Diebstahl blos darum von der vis major ausschließen wollte, weil derselbe ohne vis (non violenter) begangen wird; wozu noch kommt, daß das römische Recht ja auch im Allgemeinen von „casus fortuitus" spricht. Gleichwohl ist noch kürzlich, und zwar nach dem Vorgange von Cujaz[1]), Löhr[2]) und Glück[3]), von Tönsen[4]) das Gegentheil behauptet worden, theils weil bei Gelegenheit der vis major oder des casus

*) Man lese z. B. nur Vidocq's Memoiren.

1) Paratitla ad African. Tract. 8 ad leg. 21 commod.

2) Beiträge zur Theorie der Culpa. Nr. 4.

3) Commentar Thl. 17. S. 143 f.

4) Grundsätze eines allgemeinen positiven Privatrechts. Kiel, 1828. S. 249 f.

cui infirmitas humana resistere non potest niemals vom furtum geredet werde; theils weil in L. 52. §. 3. D. pro socio (17. 2.) den fatalibus damni ex incendio oder latrocinio der Verluſt durch Diebſtahl als ein damnum entgegengeſetzt werde, quod proprium accipientis detrimentum sit; theils endlich weil auch in andern Stellen, namentlich in L. 14. §. 10. L. 16. D. de furtis (47. 2.), L. 4. pr. L. 5. pr. D. nautae caupones (4. 9.) u. ſ. w., der zur custodia Verpflichtete unbedingt für jeden Diebſtahl zu haften habe. Allein ohne hier die ſiegreichen Gründe von Haſſe[5]) zu wiederholen, ſo bedarf es dagegen nur der Bemerkung, daß die römiſchen Juriſten eben ſo wenig apodictiſch ausſprechen konnten, daß das incendium oder naufragium, oder die rapina u. ſ. w. den Schuldner immer von der Erſatzleiſtung befreie, als ſie umgekehrt das furtum unbedingt von dem Gebiete des casus ausſchließen konnten, weil ſich hierüber mehr nicht als auf der gemeinen Erfahrung beruhende Regeln ausſprechen laſſen, die aber nach Beſchaffenheit der Umſtände der einen oder andern Ausnahme fähig ſind. Wenn daher z. B. das römiſche Recht den Satz aufſtellt, daß ruina, naufragium, incendium, rapina u. ſ. w. zur vis major gehören, ſo heißt dies nur, daß ſie als Ereigniſſe, deren Abwendung gewöhnlich das Maaß menſchlicher Kräfte überſteigen, regelmäßig den Schuldner von der Erſatzpflicht befreien; allein dabei kommt es in concreto doch immer darauf an, ob nicht bewandten Umſtänden nach der Schuldner den Unglücksfall hätte abwenden können[6])? Denn wenn er ſich z. B. ohne allen Widerſtand unter Umſtänden berauben ließ, wo ein leichter Widerſtand den Räuber in die Flucht gejagt hätte, oder wenn er ſein vom Blitz getroffenes Haus und die darin befindlichen Sachen müſſig niederbrennen ließ, da er einen Theil derſelben hätte retten können, ſo wird er ſich, um von der Erſatzpflicht be-

5) Die Culpa des röm. Rechts. Kap. 10. §. 81 f.

6) L. 2. §. 8. D. si quis cautionib. (2. 11.) L. 22. D. de neg. gest. (3. 5.) L. 2. D. quod met. causa (4. 2.) L. 13. §. 7. D. locati (19 2.).

freiet zu werden, an sich nicht auf die rapina oder das incendium berufen können, sondern darthun müssen, daß er durch jene Unfälle in einen die Zurechnung ausschließenden Zustand der Sinnenverwirrung gerathen sey (§. 6.). Dann ist es aber nicht das incendium oder die rapina, welche ihn von der Ersatzpflicht befreien, sondern vielmehr der unzurechenbare Zustand, worin ihn der Unfall ohne seine Verschuldung versetzte. Gleicherweise kann das Gesetz, gestützt auf die Erfahrung, den allgemeinen Satz aussprechen, daß der Diebstahl ein Ereigniß sey, welches in der Regel durch größere Umsicht und Aufmerksamkeit des Bestohlenen abgewandt werden könne; allein mehr als eine Regel konnte das römische Recht damit nicht aussprechen, welche insofern den rechtlichen Beweis des Gegentheils nicht ausschließt[7]), gerade wie in der L. 11. D. de poenis (48. 19.) — wo casus im Gegensatze von dolus so viel als culpa bezeichnet (delinquitur casu ... cum in venando telum in feram missum hominem occiderit) — keineswegs der unbeschränkte Satz ausgesprochen ist, daß Verletzungen auf der Jagd immer zur culpa zuzurechnen seyen, sondern es hängt die Entscheidung dieser Frage vielmehr von den Umständen ab. Ferner giebt es Fälle von Diebstählen, welche so nahe wie möglich an den Raub grenzen ohne jedoch Raub zu seyn, und da würde es doch im höchsten Grade auffallend seyn, den bestohlenen Schüldner anders als den beraubten zu behandeln! Daher finden wir denn auch, daß der Sachsenspiegel Buch 3. Art. 5 und 6, der Schwabensp. Art. 247. §. 2., das revid. Lübsche Recht 3. 3. Art. 1. und andere deutsche Statute (§. 16 — 18.) immer Raub und Diebstahl als Unglücksfälle mit einander verbinden. Zwar spricht Cujaz den Satz aus: si diligens fuissem, non fuisset ea res mihi subrepta, und: diligenti patrifamilias nunquam furtum fit. Allein da möchte man doch fragen, mit welchem Rechte das Gesetz den Diebstahl so streng straft, wenn es nur von dem

7) So schon Maevius ad jus Lubecense, P. 3. Tit. 8. Art. 4. p. 681 — 82., mit Rücksicht auf eine gleiche Bestimmung im Lübschen Rechte.

Bestohlenen abhängt, nicht bestohlen zu werden? Auch spricht dagegen schon L. 35. §. 4. D. de contr. emt. (18. 1.):

Si res vendita per furtum perierit et de custodia nihil apareat convenisse, talis custodia praestanda est a venditore qualem bonus paterfamilias rebus suis adhibet. Quam si praestiterit et tamen rem perdidit, securus esse debet.

Es bleibt mithin auch beim Diebstahl dem Richter überlassen, nach Beschaffenheit der Umstände zu entscheiden, ob die in Frage stehende Entwendung nach dem gewöhnlichen Maaße menschlicher Vorsicht von dem Schuldner abgewandt werden konnte oder nicht. In dem letzteren Falle haftet der Verkäufer nach L. 35. D. cit. für den Diebstahl nicht; und dafür spricht auch noch, daß nach L. 26. §. 7. D. mandati (17. 1.) und L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2.) der Mandatar, welcher im Auftrage eines Andern einen Sclaven kaufte und von diesem bestohlen wurde, hiefür Ersatz von dem Mandanten verlangen kann. Wie konnten Paulus und Africanus hievon und von der noxae deditio des Sclaven reden, wenn jeder Diebstahl als solcher der Nachlässigkeit des Bestohlenen zuzuschreiben ist? Diebstähle von Hausgenossen verübt gehören vielmehr zu denjenigen Fällen der Entwendung, welche in vielen Fällen selbst durch den höchsten Grad der Aufmerksamkeit und Vorsicht des Hausherrn nicht verhütet werden können, daher denn auch die Praxis und Partikularrechte den Hausdiebstahl härter als den gemeinen Diebstahl bestrafen. In andern Beziehungen gewähren freilich die zuletzt genannten Stellen manche Schwierigkeiten; allein von diesen kann, um nicht den Zusammenhang des Ganzen zu unterbrechen, erst später die Rede seyn.

§. 9.

Uebereinstimmend mit dem Prinzipe der Imputation ist es ferner, daß das römische Recht von dem Grundsatze: casus a debitore certae speciei non praestatur eine Ausnahme alsdann eintreten läßt, wenn der debitor in mora war und nach der

mora die schuldige species bei ihm durch casus zu Grunde ging. Denn die mora setzt eine Verschuldung von Seiten des Schuldners voraus, und man kann hier mit Recht so argumentiren: hätte der säumige Schuldner die Sache zur rechten Zeit abgeliefert, so würde sie für den Gläubiger nicht zu Grunde gegangen seyn. Hieraus folgt wiederum, daß wenn der säumige Schuldner beweisen kann, daß der mora ungeachtet die Sache auch bei dem Gläubiger durch casus zu Grunde gegangen wäre, er von der Verpflichtung zum Ersatze befreiet wird, weil dann dem Gläubiger die zeitige Ablieferung der Sache nichts genutzt hätte. Man setze z. B. den Schuldner und den Gläubiger hat gleichzeitig das Unglück getroffen, von feindlichen Truppen rein ausgeplündert worden zu seyn, oder beide sind bei einer großen Feuersbrunst mit Hab und Gut abgebrannt. Da diese Sätze allgemein anerkannt sind, so genügt es sie ohne weitere Ausführung nur angedeutet zu haben.

Dagegen ist es eine sehr bestrittene Frage: ob bei einem onerosen Vertrage, wenn die eine Parthei durch Zufall nichts oder nur Verschlechtertes leisten kann, der Gegner nun die Gefahr so zu tragen hat, daß er dennoch seine Gegenleistung geben muß, und wenn er sie schon gegeben hat, sie von dem Contrahenten nicht mehr zurückfordern darf? Diese Frage wird von der Mehrzahl der neueren Juristen verneint, und nur ausnahmsweise (als etwas singuläres) beim Kaufvertrage bejaht. Weiter gehen schon Schweppe und Wening-Ingenheim, indem sie diese Frage wenigstens bei allen das Eigenthum übertragenden zweiseitigen Verträgen bejahen, und noch weiter ist Wächter gegangen, indem er diese Frage bei allen onerosen Verträgen mit Ausnahme der Gebrauchsverstattung einer Sache oder auf Dienstleistungen gerichteten Verträge (bei welchen die Modification jenes Grundsatzes durch die Natur dieser Verträge selbst bestimmt werde), bejaht[1]).

---

1) Wächter im Archiv für civ. Praxis. Bd. 15. S. 98. vgl. jetzt dagegen Roßhirt in dessen Zeitschr. für Civil- und Crim.-Recht, Bd. 2. Heft 3. S. 374. f.

Ist nun schon das Prinzip des römischen Rechts: casus a debitore speciei non praestatur in seiner Allgemeinheit Vielen anstößig gewesen (und es fragt sich in der That auch, ob nicht das mittelalterliche deutsche Recht in dieser Beziehung richtigere Grundsätze aufgestellt hat): so mußten dieselben einen noch größeren Anstoß an dem Satze nehmen, daß der in der Person des Promittenten sich ereignende casus demselben in der Art zum Nutzen gereichen soll, daß er dem Acceptanten nicht nur nichts zu leisten hat, sondern von ihm sogar die Gegenleistung verlangen, beziehungsweise zurückbehalten darf. Denn dadurch erleidet dieser, dem ja eben so wenig etwas imputirt werden kann, einen doppelten Nachtheil. Vorerst verliert er ohne eigene Schuld den Gegenstand des Vertrags, worauf er einen vielleicht hohen Werth legte, und welcher jedenfalls für ihn von Nutzen und Interesse war, ohne für seine getäuschten Erwartungen irgend entschädigt zu werden; sodann soll er gar noch die zugesicherte Gegenleistung erfüllen, da er doch eine Leistung gar nicht empfangen hat, und Leistung und Gegenleistung nach der Absicht der Contrahenten und nach der Natur der Sache wechselseitig durch einander bedingt scheinen. Sollte man daher hier nicht vielmehr von der natürlicheren Ansicht ausgehen, daß der casus denjenigen als Unglück treffe, in dessen Person er sich zugetragen hat, während das römische Recht ihn einem Andern aufbürdet, in dessen Person er sich nicht ereignet hat? Zwar ist Wächter[2]) der Meinung, daß der Grundsatz des römischen Rechts weder der aequitas widerstreite, noch daß eine Härte darin liege. „Er widerstreite nicht der aequitas im wahren römischen Sinne, weil er nur eine Anwendung der Grundprinzipien des (römischen) Rechts auf einen einzelnen Fall sey. Eben so wenig liege eine Härte und Unbilligkeit darin, weil beim casus nothwendig einer von beiden Theilen leiden müsse, und wenn man den Schaden von dem Einen abwälze, man ihn dem Andern aufbürde. Man müsse sich daher in solchen Fällen nicht durch das Mitleid gegen den einen Theil leiten lassen, indem die-

2) a. a. O. S. 197.

ses nur auf Kosten des andern Theils befriedigt werden könne, sondern fest an dem Rechtsprinzipe halten. Ja es würde, wenn einmal von Härte und Unbilligkeit die Rede sey, diese weit größer seyn, wenn man dem Promittenten das Tragen des Zufalls aufbürden wollte, wenn also z. B. der Verkäufer die durch casus vor der traditio bei ihm zu Grunde gegangene Sache ohne Ersatz verlieren sollte!" Allein die Vergleichung mit anderen Legislationen und mit den verschiedenen rechtsphilosophischen Systemen über das Tragen der Gefahr im Obligationsverhältnisse dürfte jedenfalls ergeben, daß es schwer hält, sich mit apodictischer Gewißheit für ein bestimmtes Prinzip zu entscheiden, indem Gründe und Gegengründe hier auf eine sehr bedeutende Weise einander entgegenstehen. Doch soll in dieser Beziehung der späteren Ausführung nicht vorgegriffen werden.

Was insbesondere das römische Recht betrifft, so meint Wächter, daß schon die richtige Anwendung der beiden Prinzipien des römischen Rechts: impossibilium nulla est obligatio und: casus a nemine praestantur auf zweiseitige auf Sachleistung gerichtete Obligationen, zu der von ihm vertheidigten Theorie führe. Denn so wie derjenige Contrahent, welcher für eine Gegenleistung eine Sache zu leisten habe und diese durch Zufall verliere, nach diesen Prinzipien von der Verbindlichkeit und der Ersatzpflicht befreiet werde, so müsse umgekehrt der Gegner seine Gegenleistung ungeschmälert leisten, weil auf ihn die gedachten Prinzipien nicht angewendet werden könnten. „Denn er kann ja noch leisten, für seine Verbindlichkeit ist kein impossibile eingetreten, er muß also leisten obwohl er nichts bekommt". Allein diese Art der Argumentation ist höchst mißlich. Abgesehen nämlich davon, daß der Satz: impossibilium nulla est obligatio schon seinem Wortverstande nach gar nicht aussagt, daß der Zufall (casus) den Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreie*), und in diesem Sinne

*) Seinem Wortverstande nach im Sinne Wächter's aufgefaßt, sagt er nur aus: der Schuldner, welcher die schuldige species nicht leisten kann (gleichviel ob auf verschuldete oder unverschul-

auch nicht von den römischen Juristen gebraucht wird, so ist vorerst der Schluß von dem bloßen Können (von dem was physisch möglich ist) auf das Sollen (auf das was nach Rechtsbegriffen Statt zu finden hat) ein im Allgemeinen auf dem Rechtsgebiete unzulässiger Schluß. Denn vieles kann geschehen ohne daß es geschehen soll. Ferner wenn das Gesetz den Satz ausspricht: für den Zufall braucht der Schuldner nicht zu haften, so spricht es damit dem Gläubiger nur das Recht auf Entschädigung ab, verpflichtet ihn aber dadurch noch nicht zu einem positiven Thun zum Vortheil des Schuldners. Diese beiden Sätze sind völlig unabhängig von einander, so daß der Gesetzgeber ohne Widerspruch den ersten bejahen, den zweiten verneinen kann. Jener beruht auf dem Prinzipe der Imputation, dieser hingegen nicht, und daher kann die Frage: ob der Vertrag die Contrahenten in der Art binde, daß selbst im Falle der unverschuldeten Nichtleistung des einen Contrahenten der andere Contrahent zu der versprochenen Gegenleistung verpflichtet sey, nur aus der Natur des Bilateralvertrags beantwortet werden. Dies scheint auch Wächter selbst eingesehen zu haben, indem er sich im Verlaufe der Darstellung nicht weiter auf die Rechtsregeln: impossibilium nulla est obligatio (oder positiv ausgedrückt: possibilium est obligatio) und: casus a nemine praestantur (oder vielmehr: non casus a quolibet praestantur) beruft, sondern den Entscheidungsgrund vielmehr darin setzt, daß Julian in L. 5. §. 1. D. de rescind. vend. (18. 5.) sage: der Zufall gelte für die Erfüllung und daher könne der Verkäufer, dem die Sache vor der Tradition zu Grunde gegangen sey, von dem Käufer das Kaufpretium verlangen. Dieser Grund ist allerdings schlagend, widerspricht jedoch nicht der Annahme der Gegner, welche in der Bestimmung des römischen Rechts nur ein singuläres Prinzip für den Kaufvertrag finden. Denn es kommt sehr oft vor, daß die römischen Juristen singuläre Rechts-

---

dete Weise) wird dadurch von seiner Verbindlichkeit befreiet. Ist dieses aber wahr? Auch Roßhirt a. a. O. S. 375. hat sich gegen Wächter in dieser Beziehung erklärt.

sätze auf allgemein lautende Entscheidungsgründe stützen, ohne daß dadurch allein eine Ausdehnung des singulären Satzes auf andere Fälle gerechtfertigt wird. Beispiele hievon werden weiter unten (§. 10.) vorkommen. Vgl. auch L. 15. §. 2. D. locat. (19. 2).

Es entsteht daher die Frage, ob dasjenige Prinzip, welches das römische Recht, wie allgemein angenommen wird, beim Kaufvertrage [2]), und wie wenigstens von Vielen behauptet wird [3]), auch bei den auf eine Sachleistung gerichteten Innominat-Contracten aufstellt, als die Regel anzusehen sey; oder ob der entgegengesetzte Grundsatz, den das römische Recht bei der Sachenmiethe [4]), bei dem emphyteutischen Vertrage [5]), und bei den obligationibus faciendi [6]) aufstellt, die Regel bilde? So pflegt man wenigstens

---

2) L. 7. pr. L. 8. D. de periculo et comm. rei vend. (18. 6.) L. 15. D. de jure dot. (23. 3.). Auch Cujacius ist zuletzt dieser Ansicht beigetreten, aber unter der ausdrücklichen, oft wiederholten Protestation, daß es ein ganz unbilliger Satz sey. Archiv, 1815. cit. S. 190. Anm.

3) So z. B. auch Thibaut Pand. System §. 478. ed. 8. und die daselbst angeführten Gesetze (in Verbindung mit L. 10. C. de condict. ob caus. dat. 4. 6.) und andere Schriftsteller.

4) L. 19. §. 6. L. 30. pr. §. 1. L. 33. D. locati (19. 2.), wonach der casus zwar den Vermiether von seiner Verbindlichkeit mithin von der Ersatzpflicht befreiet, der Miether hingegen das Miethgeld nur für die Zeit zahlt, während welcher er die Sache gebraucht hatte, und das zuviel Gezahlte als nicht schuldend zurückfordern darf.

5) L. 1. C. de jure emphyt. (4. 66.), §. 3. J. de locat. (3. 24.), wonach das periculum interitus der dominus, das periculum deteriorationis hingegen der Emphyteuta in der Art trägt, daß er im ersten Falle nichts, im letzteren dagegen ungeschmälert seinen canon zu entrichten hat.

6) L. 15. §. 6. D. locat. (19. 2.), wonach, wenn sich der casus in der Person des Promittenten ereignet, derselbe zwar von der obligatio faciendi befreiet wird, aber den Lohn nur insoweit fordern kann, als er bereits geleistet hat, mithin nichts bekommt, wenn er noch gar nicht den Anfang damit gemacht hat. Im

gewöhnlich die Frage zu stellen, obwohl Manche die obligationes faciendi von derselben ausschließen, was aber nicht gebilligt werden kann, weil es sich hier um die Frage handelt, ob im Allgemeinen die Gegenleistung durch die Leistung bedingt oder nicht bedingt sey, und ob der Promittent schlechthin oder nur nach Maaßgabe seiner Leistung die Gegenleistung einklagen, beziehungsweise behalten dürfe? In dieser Beziehung können die Dienstleistungen (obligationes faciendi) nach den nämlichen Grundsätzen wie die Sachleistungen beurtheilt werden. Allein es fragt sich eben, ob das römische Recht für alle diese Fälle einen gemeinsamen Grundsatz aufgestellt, und nicht vielmehr die obige Frage je nach der Natur des Vertrags oder mit Rücksicht auf sonstige Umstände verschieden beantwortet hat, und dann würde von einer Regel und von Ausnahmen gar nicht die Rede seyn können. Das römische Recht unterscheidet folgende Fälle:

1) wenn bei einer obligatio faciendi sich der Zufall in der Person dessen ereignet, dem das factum geleistet werden soll, so wird der Promittent von seiner Verbindlichkeit frei, kann aber den ihm versprochenen Lohn fordern. L. 38. pr. D. locati (19. 2.):

Qui operas suas locavit, totius temporis mercedem accipere debet, si per eum non stetit, quominus operas praestet. Advocati quoque, si per eos non steterit quominus causam agant, honoraria reddere non debent.

Für diese Entscheidung giebt Paulus keine Gründe an, aber jedenfalls ist damit ausgesprochen, daß wenn sich bei einer obligatio faciendi der Zufall in der Person des Acceptanten ereignet, die Gegenleistung auch ohne Leistung des versprochenen Dienstes verlangt werden kann, mithin erstere durch letztere nicht bedingt ist.

---

letzteren Falle zerschlägt sich daher der ganze Vertrag. Dieses Prinzip, daß der Contrahent die Gegenleistung nur nach Maaßgabe seiner Leistung erhalte, wird von Vielen als das allein richtige Prinzip erkannt, weil Leistung und Gegenleistung durch einander bedingt seyen.

Dies scheint auch ganz natürlich zu seyn. Denn weßhalb sollte der Promittent, welcher in jedem Augenblicke bereit ist seine Verbindlichkeit zu erfüllen, unter dem casus des Acceptanten leiden? Allein auf der andern Seite ist doch zu erwägen, daß das römische Recht sehr häufig den einen Contrahenten unter dem casus des andern leiden läßt, und daß eine Unbilligkeit darin zu liegen scheint eine Gegenleistung ohne Leistung fordern zu dürfen, da ja der Promittent die vacant gewordene Zeit auf andere Weise verwenden, oder, da von vermietheten Diensten die Rede ist, anderweitig vermiethen kann, und auf diese Weise einen doppelten Lohn erhalten würde. Denn um die versprochene Gegenleistung in Anspruch zu nehmen, braucht er nicht einmal mit dem betreffenden Geschäfte den Anfang gemacht, mithin vergebliche Bemühungen aufgewendet zu haben, sondern es genügt, daß er sich zu demselben bereit erklärt hat, und der Acceptant z. B. durch Krankheit an der Annahme desselben gehindert ist. Vielleicht ergiebt sich der richtige Entscheidungsgrund aus der Vergleichung dieses Falles mit dem sogleich zu erwähnenden zweiten Falle, den das römische Recht auf die entgegengesetzte Weise entscheidet. Wenn nämlich:

2) bei einer obligatio faciendi der Zufall sich in der Person des Promittenten ereignet, so wird derselbe zwar von seiner Verbindlichkeit völlig befreiet, allein er kann den Lohn nur nach Maaßgabe dessen was er geleistet hat, verlangen, bekommt mithin nichts, wenn er nicht einmal theilweise seine Leistung erfüllt hat. Dies ist in L. 15. §. 6. locati (19. 2.) ausdrücklich und allgemein (quod in omnibus personis similiter observandum) ausgesprochen, mit Angabe des Grundes: „weil ja der Promittent nicht geleistet habe". In diesem Falle spricht mithin das römische Recht den Grundsatz aus, daß die Gegenleistung auch im Falle der casuellen Nichterfüllung durch die Leistung, beziehungsweise das Maaß derselben bedingt sey. So gewiß daher auch der Promittent, da er den casus nicht verschuldet hat, zu keiner Entschädigung verpflichtet ist, so kann ihm doch, da er noch gar nicht, beziehungsweise unvollständig seine Leistung erfüllt hat, unmöglich der volle Lohn für das zukommen, was er nicht oder nur theil-

weise geleistet hat. Allein wie läßt sich diese Entscheidung mit der entgegengesetzten Entscheidung des vorhergehenden Falles vereinigen? Vielleicht auf folgende Weise. Die Frage, wer bei einem Vertrage den alleinigen oder doch den Hauptvortheil hat, liegt an sich sehr nahe, und ist nicht nur in den germanischen Rechtsquellen, sondern auch im römischen Rechte mehrfach berücksichtigt (§. 17.). Wirft man nun diese Frage bei den obligationes faciendi auf, wo der Dienst um Lohn geschieht, so dürfte sie dahin zu beantworten seyn, daß der Hauptvortheil aus dem Vertrage auf Seiten des Dienstthuenden ist, weil dabei regelmäßig Personen vorausgesetzt werden, die von der Bezahlung solcher Dienste leben. Mit Rücksicht hierauf konnte das römische Recht, je nachdem der casus den einen oder den andern Contrahenten trifft, in dem einen Falle den Grundsatz, daß die Gegenleistung durch die Leistung bedingt sey, anerkennen, in dem anderen davon abweichen; jenes, wenn der casus den Dienstpflichtigen trifft, weil er nun einmal (wenn gleich ohne alle Schuld) nicht geleistet hat, was er leisten sollte, und hier jedes Mitleid mit ihm am unrechten Orte wäre, da es nur auf fremde Kosten realisirt werden könnte; dieses, wenn sich der casus in der Person des andern Contrahenten ereignete, und zwar deßhalb, weil man billigerweise auf die Lage des Promittenten Rücksicht nehmen muß, welcher, indem er seine Dienste dem Acceptanten vermiethete, dadurch gehindert wurde, sich andern Personen zu verdingen, und wenn auch letzteres noch möglich seyn sollte, er doch mit Sicherheit nicht darauf zählen kann. Diese Argumentation muß sich der Acceptant gefallen lassen, weil er mit Grund nichts dagegen einwenden kann, und er muß, wenn er durch casus verhindert wird die Leistung anzunehmen, die Gegenleistung um so mehr zahlen, da ja der Promittent fortwährend erbötig ist zu leisten, was ihm zu leisten obliegt. Daß die römischen Juristen von dieser Argumentation ausgegangen seyen, soll freilich nicht behauptet werden, aber sie scheint sehr nahe zu liegen, und gleicht das Widersprechende auf eine ungezwungene Weise aus.

3) Die Regel, welche von der Dienstmiethe gilt, hat das

römische Recht auch bei der Sachmiethe ausgesprochen, und zwar so bestimmt wie möglich, wie die in der Anm. 4. angeführten Stellen ergeben, und nach der Aehnlichkeit zwischen beiden Fällen auch nicht anders zu erwarten ist. Diese Regel besteht darin, daß der Vermiether durch den casuellen Untergang der vermietheten Sache zwar von seiner Verbindlichkeit befreiet wird, aber vom Miether nicht den vollen Miethzins verlangen kann, sondern nur nach Maaßgabe des wirklichen Gebrauchs der Sache. Ging daher die vermiethete Sache vor ihrem Gebrauche durch casus zu Grunde, so zerschlägt sich der ganze Miethvertrag. Weder der Vermiether braucht dann ein anderes Object oder Entschädigung, noch der Miether den accordirten Miethzins zu zahlen. Mithin anerkennt auch hier das römische Recht den Grundsatz, daß die Gegenleistung auch im Falle des casus durch die Leistung, beziehungsweise das Maaß derselben, bedingt ist.

4) Auch bei dem emphyteutischen Vertrage fällt nach **L. 1. Cod. de jure emph.** (4. 66.) die Gegenleistung weg, wenn das Object durch casus ganz zu Grunde ging. In dieser Beziehung wird der emphyteutische Vertrag nach den Grundsätzen vom Mieth- und Pachtvertrage beurtheilt, weicht aber darin von denselben ab, daß der Emphyteuta das **periculum deteriorationis** zu tragen hat, d. h. er ist verpflichtet, den vollen Canon zu entrichten, wenn das Object seines dinglichen Rechts durch casus deteriorirt wurde. Auf diese Weise hat bekanntlich der Kaiser Zeno die Streitfrage der Juristen, ob der emphyteutische Vertrag nach den Grundsätzen des Kauf- oder des Pachtvertrags zu beurtheilen sey, entschieden. In Beziehung auf das **periculum deteriorationis** steht er dem Kauf-, in Beziehung auf das **periculum interitus** dem Pacht- und Miethvertrage gleich, steht mithin auf der Grenze zwischen beiden Verträgen. Gleichwohl ist auch hier das Prinzip anerkannt, daß die Gegenleistung auch im Falle des casus durch die Leistung überhaupt bedingt sey. Nur der correspondirende Grundsatz, daß auch das Maaß der Gegenleistung durch das Maaß der Leistung bestimmt werde, hat hier eine Beschränkung erlitten, die aber ihren Grund in der besonderen

Natur des emphyteutischen Vertrags findet. Bei einem dauernden, und gleich dem Eigenthume vererblichen dinglichen Verhältnisse, wie die Erbpacht ist, gleicht sich nämlich der Schaden eines Jahres leicht durch die größeren Vortheile der folgenden Jahre wieder aus, was von einem bloß vorübergehenden gewöhnlichen Pachtverhältnisse nicht so unbedingt behauptet werden kann. So weit scheint mithin Alles seine natürliche Erklärung zu finden und auf ein gemeinsames Prinzip hinzuweisen, welches nur hie und da mit Rücksicht entweder auf die besondere Natur des Vertrags, oder auf sonstige Umstände einige Modificationen erleidet. Allein hieran knüpfen sich völlig abweichende Grundsätze über den Kaufvertrag und über die auf Sachleistung gerichteten Innominatcontracte, und da fragt sich es, ob unter diesen Umständen noch von einem gemeinsamen Prinzipe oder von einer Regel des römischen Rechts die Rede seyn kann? Das römische Recht bestimmt nämlich:

5) daß beim Kaufvertrage im Falle des casus die Gegenleistung weder durch die Leistung überhaupt, noch durch das Maaß derselben bedingt sey, mit andern Worten, daß der Verkäufer, bei welchem vor der Tradition das Kaufobject zu Grunde ging oder deteriorirt wurde, nicht nur von seiner Verbindlichkeit völlig befreiet werde, beziehungsweise das periculum deteriorationis nicht zu tragen habe, sondern auch in beiden Fällen von dem Käufer das volle Kaufpretium verlangen dürfe. Dies ist nach dem klaren Inhalte der in der Anm. 2. angeführten Gesetzesstellen nicht zu bezweifeln. Endlich:

6) soll das römische Recht, wenigstens nach der Ansicht mehrerer Juristen, z. B. auch Wächter's [7]), dieses Prinzip auch bei den auf Sachleistung gerichteten Innominatcontracten aussprechen, während Andere es auf den Verlust der Leistung beschränken. Der hier in Betracht kommende Unterschied zwischen diesen Innominatcontracten (do ut des) und dem Kaufcontracte ist folgender. Beim Kaufvertrage als einem Consensual-Contracte

7) a. a. O. S. 211 f. Dagegen jetzt Roßhirt a. a. O. S. 392 f.

wird die Frage, wer das **periculum** zu tragen habe, gleich mit dem Abschlusse oder der Perfection des Vertrags von practischer Bedeutung, während bei den Innominatcontracten, deren Klagbarkeit auf der Leistung (res) des einen Contrahenten beruht, die Frage über **casus** und **periculum** erst von diesem Zeitpunkte an zur Sprache kommen kann. Wenn daher vor der Leistung die Sache bei dem einen oder andern Contrahenten durch **casus** zu Grunde ging, so hat jeder diesen Zufall grade so zu tragen, wie ihn der Verkäufer vor der Perfection des Kaufcontracts zu tragen hat. In beiden Fällen besteht ein klagbares Verhältniß zwischen den Contrahenten noch gar nicht, mithin stehen sie, rechtlich betrachtet, in einem ausserobligatorischen Verhältnisse, und auf dieses kann die Frage über das **periculum interitus** und **deteriorationis**, und ob im Falle des **casus** die Gegenleistung auch ohne Leistung zu prästiren sey, natürlich keine Anwendung finden. Da nun aber, wie gewöhnlich angenommen wird, die Klagbarkeit der Innominatcontracte jetzt schon mit der **consensus declaratio** eintritt, und in der voraufgegangenen Leistung unmöglich der Grund liegen kann, weshalb der Prästirende das Object der Leistung ohne Gegenleistung verliert: so scheint man allerdings mit Wächter behaupten zu müssen, daß heut zu Tage die Grundsätze über das Tragen des **periculum** nicht, wie nach römischem Rechte, erst mit der **praestatio rei**, sondern schon früher, nämlich mit dem Abschlusse oder der Perfection des Innominatvertrags eintreten, mithin die Innominatcontracte grade so beurtheilt werden müssen, wie die Römer den Kaufcontract als Consensual-Contract beurtheilten.*) Gleichwohl besteht zwischen beiden Fällen ein wesentlicher, nicht zu verkennender Unterschied. Beim Kauf handelt es sich nämlich (man erlaube mir der Kürze halber diesen Ausdruck) um das **periculum** der Leistung (der verkauften Sache), hier dagegen um das **periculum** der Gegenleistung, d. h. derjenigen Sache, welche der

*) Dies läugnet freilich jetzt Roßhirt a. a. O. S. 376. S. 378. Nr. II., wovon weiter unten das Nähere.

Leistende als Aequivalent in Anspruch zu nehmen hat. In dem ersten Falle ist gesetzlich ausgesprochen, daß der Käufer auch ohne Leistung zur Gegenleistung verpflichtet sey; und diese Gegenleistung besteht darin, daß er das volle Kaufpretium zahlen muß. In dem zweiten Falle ist dagegen nur ausgesprochen: wer in Erwartung einer Gegenleistung seinem Contrahenten bereits etwas (eine Sache) geleistet hat, muß ihm die Leistung lassen, wenn das Object der Gegenleistung nachmals durch casus zu Grunde geht. Man setze z. B.: A und B schließen einen Tauschvertrag mit einander ab, und A tradirt dem B sogleich die Sache. Nach der Tradition geht die vom B dagegen zu leistende Sache durch casus zu Grunde. Hier hat A nach der gemeinen Theorie das periculum der Gegenleistung in der Art zu tragen, daß er nicht nur nichts bekommt, sondern auch die geleistete Sache vom B nicht zurückfordern darf. Folgt nun aber aus dem Tragen des periculum der Gegenleistung, daß das römische Recht diesen Grundsatz auch auf beide Contrahenten angewendet haben würde, wenn es, wie wir heut zu Tage thun, die Innominatcontracte schon mit dem Abschlusse des Vertrags für klagbar erklärt hätte? Folgt also daraus, daß wenn dem A oder dem B vor der Tradition das Tauschobject durch eine vis major zu Grunde ging, nunmehr A vom B, beziehungsweise B vom A, die Gegenleistung einklagen darf? Denn besteht nicht ein wesentlicher Unterschied zwischen dem bloßen Nicht-Zurückfordernbürfen des Geleisteten, weil man das periculum der Gegenleistung zu tragen hat, und dem Einklagen der Gegenleistung, weil der andere Contrahent das periculum der Leistung zu tragen hat? Auch Thibaut[8]) scheint diesen Unterschied anzuerkennen, indem er bei Sachleistungen zwei Fälle unterscheidet. Den ersten, wenn bereits eine Leistung geschehen ist, wo derjenige Contrahent, welcher durch casus an der Gegenleistung verhindert wird, von seiner Verbindlichkeit frei wird, und das Empfangene „nicht zu restituiren"

8) System der Pand. §. 478.

braucht [9]); den zweiten, wenn vor der Leistung das Object (sofern es eine certa species ist) durch casus bei dem Promittenten zu Grunde geht, wo, wie Thibaut bemerkt, der Promittent von seiner Verbindlichkeit frei wird, und ausnahmsweise beim Kaufe selbst die Gegenleistung (das Kaufpretium) „verlangen" darf, was aber auf andere Geschäfte nicht ausgedehnt werden dürfe [10]). Es würde mithin dieser Grundsatz vom Kaufvertrage z. B. nicht auf den Tauschcontract und andere Innominatcontracte extendirt werden dürfen. Allein, den Beweis in der Hauptsache vorausgesetzt, dürften doch die obigen Gründe für die Wächter'sche Ansicht entscheidend seyn. Denn geht man, wie beides auch Thibaut thut, davon aus, daß die Innominatcontracte heut zu Tage schon durch die Einwilligung der Contrahenten klagbar werden, und daß bei denselben (was freilich bestritten ist) der casus den Empfänger in der Art von seiner Verbindlichkeit befreiet, daß er das Empfangene behalten darf: so ist damit grade wie beim Kaufvertrage der Satz ausgesprochen, daß Leistung und Gegenleistung nicht nothwendig durch einander bedingt seyen, und daher würden beide jetzt völlig gleich behandelt werden müssen.

Allein welche von diesen verschiedenen Grundsätzen des römischen Rechts sind als die Regel, welche als die Ausnahmen zu betrachten? Nach Wächter's Ansicht soll das, was Thibaut, Mühlenbruch und Andere als bloße Ausnahmen anerkennen, vielmehr die Regel bilden, und zwar (abgesehen von dem hier nicht zur Anwendung kommenden Grundsatze impossibilium nulla est obligatio) aus folgenden Gründen. „Das römische Recht deute nirgends an, daß der beim Kaufvertrage ausgesprochene Grundsatz etwas Singulaires, eine Ausnahme von der Regel sey, vielmehr leite ihn Julian in L. 5. §. 1. D. de rescind vend. (18. 5.) aus einem allgemeinen Prinzipe her, nämlich daraus, daß der

9) Thibaut a. a. O. Nr. III, 1.

10) Thibaut a. a. O. Note u—y. Darin stimmen mit Thibaut auch Mühlenbruch, Doctr. Pand. §. 362. ed. 3. und andere Schriftsteller überein.

Zufall für Erfüllung gelte (ac si res tradita esset), und daher (quare) der Verkäufer vom Käufer das ganze Kaufpretium fordern dürfe. Entgegen stehe auch nicht, daß bei der Sachmiethe das römische Recht auf andere Weise entscheide. Denn bei der Miethe garantire der Vermiether den ungestörten vollen wirklichen Gebrauch der Sache, wie er im Vertrage zugesagt sey, und es richte sich daher hier die Gegenleistung nach Maaßgabe dessen, was man wirklich erhalten habe. In dem Emphyteutcontracte liege dagegen nicht, wie in der Miethe, eine Garantie des ungeschmälerten Gebrauchs, und daher habe der Emphyteuta das periculum deteriorationis zu tragen. Verbinde man damit die bei den Innominatcontracten do ut des geltenden Grundsätze, so ergebe sich leicht, was Regel, und was nur eine durch die Natur des Vertrags bestimmte Modification sey".

Allein diese Argumentation ist aus mehrfachen Gründen mißlich. Vorerst kann man auf jenes sogenannte allgemeine Prinzip der L. 5. D. cit. deshalb kein sonderliches Gewicht legen, weil, wenn es ein allgemeines Prinzip wäre, der Zufall ja auch bei andern Verträgen, z. B. bei den obligationes faciendi und bei der Sachmiethe, der Erfüllung gleichgeachtet werden müßte, was doch entschieden nicht der Fall ist. Auch könnte man mit eben dem Rechte das in L. 15. §. 6. D. locati (19. 2.) bei der Dienstmiethe ausgesprochene entgegengesetzte Prinzip, daß der Contrahent, welcher durch Zufall an der Leistung gehindert werde, darum weil er nichts geleistet habe, auch keine Gegenleistung fordern könne, für das entscheidende Prinzip des römischen Rechts ausgeben. Allein es kommt auch sonst öfter vor, daß die Entscheidungsgründe der römischen Juristen und Kaiser mehr beweisen als sie beweisen sollen, folglich zu viel, und dies ist offenbar auch hier der Fall. Noch weniger kann von besonderen Garantieen, die im Miethvertrage, im Gegensatze des Kauf- und des emphyteutischen Vertrags, enthalten seyen, die Rede seyn. Bei den Verträgen, sie mögen Kauf- oder Mieth- oder sonstige Verträge seyn, muß man nämlich zweierlei unterscheiden, den Inhalt (die Materie), und den Gegenstand des Vertrags. In An-

sehung des Gegenstandes sind die Verträge bis in's Unendliche verschieden, in Ansehung des Inhalts hingegen gleich. Denn jeder Vertrag hat zu seinem Inhalte eine Leistung, welche auf die vertragsmäßige Weise erfüllt werden soll. In dieser Beziehung kann der Miethvertrag keine größere Garantie gewähren, als der Kauf- und der emphyteutische Vertrag. Auch beim Kaufvertrage garantirt (wenn man einmal von Garantieen reden will) der Verkäufer dem Käufer die volle ungeschmälerte Uebertragung des Kaufobjects, kann aber gleichwohl das volle Kaufpretium einfordern, wenn ihm die Tradition der Sache durch Zufall unmöglich gemacht wurde. Es dürfte daher von dieser Seite her die Wächter'sche Ansicht schwerlich zu rechtfertigen seyn.

Allein was ist nunmehr als das Resultat der bisherigen Ausführung zu betrachten? Namentlich was soll als die Regel, und was als die Ausnahme angesehen werden? Am richtigsten sagt man wohl, daß hier weder von dem einen noch von dem andern die Rede seyn kann, sondern daß das römische Recht die Frage: ob Jemand das periculum der Leistung in der Art zu tragen habe, daß er sogar zur Gegenleistung verpflichtet sey, beziehungsweise das bereits Geleistete nicht wieder zurückfordern dürfe, nicht nach einem, sondern nach verschiedenen Grundsätzen beantwortet habe; und wenn dann die weitere Frage entsteht, welcher von diesen verschiedenen Grundsätzen als der richtige anzusehen und einer allgemeinen Anwendung und consequenten Durchführung fähig sey, so befinden wir uns dann nicht mehr auf dem Gebiete des römischen Rechts, sondern der Rechtsphilosophie und der Legislation, wovon hier noch nicht die Rede seyn kann. Bei den obligationes faciendi kommt es in Betreff der Gegenleistung, beziehungsweise des Maaßes derselben, nach römischem Rechte darauf an, ob der casus sich in der Person des Promittenten, oder des Acceptanten ereignete; bei den obligationes dandi wird nach der einen Theorie zwischen der Uebertragung einer Sache zum bloßen Gebrauche (Miethe und emphyteutischer Vertrag), und der Uebertragung derselben zu Eigenthum (Kaufvertrag, do ut des) unterschieden, und danach

im Falle der casuellen Nichterfüllung der Leistung bald eine Verpflichtung zur Gegenleistung, bald nicht angenommen, während nach einer anderen Theorie der Kauf- und der Tauschvertrag (do ut des) nach entgegengesetzten Prinzipien beurtheilt werden sollen. Dieses Schwanken und diese Zweifelhaftigkeit der Prinzipien in einer so wichtigen Lehre konnte dem römischen Rechte eben nicht zur Empfehlung gereichen, und daher finden wir denn auch, daß von Cujacius an gerechnet, in diese Untersuchungen häufig die Frage eingemischt wurde, was Rechtens seyn sollte, und was der Billigkeit gemäß sey — was zum unzweideutigen Beweise dient, daß die Grundsätze des römischen Rechts über das Tragen der Gefahr keineswegs eine allgemeine Anerkennung und Billigung gefunden haben. Unter diesen Umständen gewinnen die Gegensätze des altgermanischen und mittelalterlichen Rechts, so wie der neueren Legislationen um so mehr an Interesse.

Kürzlich hat indeß Roßhirt [11]) eine Rechtfertigung des Systems des römischen Rechts versucht, und sich dabei namentlich gegen einige in die gemeine Theorie eingeschlichene Grundirrthümer erklärt, die auf die Frage über das periculum obligationis speciei von entscheidendem Einflusse seyen. Er geht mit Thibaut*) davon aus, daß das Verhältniß des Kaufvertrags von andern Contracten, wo Leistung und Gegenleistung nicht gleichzeitig geschähen, und sonstigen Verträgen zu unterscheiden seyen. Nur auf diesem Wege sey es möglich, die rechtlichen Grundsätze für unsere Lehre aufzufinden, indem die Natur des einzelnen Rechtsgeschäfts ihre besonderen Wirkungen äussere. Man muß nämlich, sagt Roßhirt, auf folgende Weise unterscheiden:

---

11) Ueber das periculum obligationis speciei in dessen Zeitschrift für Civil- und Crim.-Recht. Bd. 2. Hft. 3. S. 374 f. Diese Abhandlung kam mir erst zu Gesicht, als die Arbeit bereits so weit vorgerückt war. Doch konnte ich noch an den betreffenden Orten seine abweichende Ansicht andeuten.

*) Zugleich unter Berufung auf den neuesten Abdruck des Thibaut'schen Collegienhefts. Thl. 2. S. 20 f.

1. „Das periculum der Kaufobligatio ist schlechthin nach dem Gedanken bestimmt, daß die Kaufobligatio mit dem Vertragsabschlusse perfect ist, und daher von dem emtor getragen werden muß, der es auch nach der Natur des Geschäfts, weil er nämlich Geld, eine höchst fungible und generische Sache, giebt, allein fühlt; oder mit andern Worten, auf Seiten des Verkäufers kann deshalb kein periculum speciei vorkommen, weil er Geld bekommt". Allein vorerst ist der Schluß: weil der Käufer Geld zu zahlen hat, so trägt er deshalb das periculum der von ihm gekauften Sache, logisch nicht begründet, indem aus der Qualität des Geldes als einer fungibeln Sache nur gefolgert werden kann, daß wenn der Käufer durch Zufall das für den Verkäufer bestimmte Geld verliert, er dadurch von seiner Verbindlichkeit nicht befreiet wird. Sodann aber fragt es sich, ob aus der bloßen Perfection des Vertrags, als solcher, mit logischer Nothwendigkeit hervorgehe, daß die Gegenleistung auch dann geschehen müsse, wenn durch casus keine Leistung erfolgt ist? Diese Frage haben ja eben die römischen Gesetze bei den Consensualcontracten auf eine verschiedene Weise beantwortet. Zu diesem Behufe genügt es auch nicht, wenn Roßhirt sagt: „bei der locatio conductio rerum (im Gegensatze der emtio venditio) gelte der Gedanke, daß die obligatio von der Zeit an aufhöre, wo das Object des Vertrags untergehe". Denn weshalb, fragt man, ging das römische Recht bei dem einen Consensual- von diesem, bei andern Consensualcontracten von einem andern Gedanken aus, und war es nothwendig und consequent, hier verschiedenen Gedanken zu folgen? Wirklich finden wir auch, daß neuere Legislationen den Kaufvertrag und die Sachmiethe ganz nach dem gleichen Grundsatze beurtheilen.

2. „Bei andern gegenseitigen Vertragsobligationen geht Alles auf die Lehre von den Innominatcontracten zurück. Hier ist nun: a) so lange die Leistung nicht einmal von einer Seite erfüllt ist, keine obligatio da, folglich auch nicht vom periculum obligationis die Rede. Wenn dagegen: b) die Leistung von einer Seite geschehen ist, so steht dem Leistenden im

Allgemeinen das Reuerecht (jus poenitendi) zu, folglich kann er, wenn die Gegenleistung durch Zufall gehindert wird, auf diesem Wege (jure poenitendi) seine Leistung zurücknehmen[12]). Mithin ist das periculum bei demjenigen, der nicht erfüllen kann. Dies ist als das auch noch jetzt geltende Recht zu betrachten. Denn der so gewöhnliche Schluß, daß heut zu Tage jeder Vertrag durch Perfection klagbar werde, und damit das jus poenitendi wegfalle, folglich auch derjenige, welcher geleistet habe, im Falle der casuellen Unmöglichkeit der Gegenleistung das periculum zu tragen habe — dieser Schluß entspricht weder der bona fides, noch dem Prinzipe der Gegenseitigkeit, und ist überhaupt ein übereilter Schluß. Denn bei den Innominatcontracten geschieht eine Leistung zum Zweck einer Gegenleistung. Hieraus ergiebt sich, daß nicht der Leistende, sondern der Annehmende allein gebunden wird, folglich das Reuerecht nichts Singulaires ist. Allerdings findet auch eine Klage auf Gegenleistung (actio praescriptis verbis) statt, allein nur dann, wenn die Intention der Unwiderruflichkeit durch irgend eine besondere (ausdrückliche oder stillschweigende) Vereinbarung anzunehmen ist, wie dies bei denjenigen Fällen der Innominatcontracte statt findet, welche den Consensual- und benannten Realcontracten ähnlich sind. Allein selbst dann bleibt das obige Prinzip unverändert das nämliche, d. h. daß derjenige den casus zu tragen hat, welcher durch Zufall an der Gegenleistung gehindert wird, weil der Leistende das Reuerecht aus was immer für einem Grunde geltend machen, folglich auch im Falle des casus seine geleistete Sache zurückfordern darf, und der zur Gegenleistung Verpflichtete sich mit der vis major nicht entschuldigen kann. Diese Ansicht findet sich nicht nur im römischen Rechte ausgesprochen, ohne daß namentlich die L. 10. C. de condict. ob caus. dat. (4. 6.) entgegensteht, sondern sie ist auch als das noch jetzt geltende Recht anzusehen, weil mit Ausnahme der stipulatio (aus deren Weg-

12) L. 5 pr. L. ult. D. de cond. causa data (12. 4.).

fallen eben so wenig folgt, daß jeder formlose Vertrag heut zu Tage die Stelle derselben vertrete) das ganze römische Vertragssystem noch practisch anwendbar, mithin bei dem pactum in der Regel nur die causa juristisch wirksam ist, und bei Leistung und Gegenleistung der Empfänger allein, nicht auch der Geber obligirt wird, und daher der Empfänger das periculum zu tragen hat."

Auf die Zweifel, welche sich gegen diese letztere Ansicht erheben lassen, soll hier nicht eingegangen werden. Mit Recht kann aber behauptet werden, daß wenn die Ansicht des römischen Rechts die seyn sollte, wie sie Roßhirt aufstellt, letzteres dadurch an innerer Consequenz nicht gewinnen würde, und daß die entgegenstehende L. 10. C. cit.:

Pecuniam a te datam, si hac causa pro qua data est, non culpa accipientis, sed fortuito casu non est secuta, minime repeti posse certum est,

sich schwerlich durch die Berufung darauf beseitigen lassen dürfte, daß sie in einem Rescripte einen Fall behandle, „wo die Natur des Kaufs und des Tausches sich nicht nur ganz genau berühren, sondern im Zweifel für die Natur des Kaufs zu präsumiren sey". Jedenfalls giebt Roßhirt damit zu, daß die Innominatcontracte rücksichtlich des periculum obligationis nicht nach einem Prinzipe, sondern nach verschiedenen Prinzipen, d. h. bald nach Analogie des Kaufvertrags, bald nach Analogie anderer Verträge zu beurtheilen seyen. Denn dieser Schluß liegt so nahe wie möglich, wenn, wie behauptet wird, die Unwiderruflichkeit einzelner Fälle der Innominatcontracte auf der Analogie des Kaufs- und anderer Consensual- oder Realcontracte beruht. Nur dürfte schwer einzusehen seyn, wie ein Vertrag unwiderruflich, und (des Neuerechts wegen) zugleich widerruflich seyn kann. Denn das eine hebt das andere auf. Consequent durchgeführt geht mithin die Theorie von Roßhirt dahin: „Ist der Innominatvertrag widerruflich, so trägt der Empfänger das periculum, ist er unwiderruflich, so hat nach Analogie des Kauf-, des Miethvertrags und anderer Verträge bald der eine, bald der andere Contrahent das periculum obligationis zu tragen. Allein diese Unterschei-

dung fällt wieder weg, wenn man erwägt, daß die unwiderruflichen Innominatverträge gleichwohl widerruflich sind."

Das römische Recht bietet, wie bekannt, in der Lehre von den Innominatcontracten die größten Zweifel dar, so daß es schwer hält, sich für eine bestimmte Ansicht zu entscheiden. Vorerst sprechen L. 5 pr. und L. ult. D. de condict. causa data (12. 4.) den Satz aus, daß wenn der Empfänger (und zwar nicht bloß einer certa species) durch Zufall verhindert werde, seine Gegenleistung zu erfüllen, der Leistende vermöge des Reuerechts seine Leistung zurückfordern dürfe (et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei, qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est); ausgenommen in dem Falle, wenn entweder den Empfänger der casus nicht getroffen haben würde, wenn er den Vertrag nicht eingegangen wäre *), oder wenn er zur Erfüllung der Gegenleistung solche Verwendungen gemacht hat, die dem Werthe des Empfangenen gleich kommen. Sollten diese nicht so groß seyn, so kann er jedenfalls Entschädigung verlangen. Insofern hat bei den Innominatcontracten regelmäßig der Empfänger den casus zu tragen, und die Berufung auf vis major u. s. w. fällt bei ihm deshalb weg, weil der Leistende das jus poenitendi hat. Dagegen heißt es freilich in L. 5. §. 1. D. de praescr. verb. (19. 5.), daß beim Tauschvertrage (wie beim Kaufvertrage) nicht der Empfänger, sondern der Leistende das periculum zu tragen habe. Allein dieser Widerspruch ist nur scheinbar. Denn es ist damit weiter nichts gesagt, als daß der Leistende keine Entschädigung für die Nichterfüllung der Gegenleistung verlangen kann. Damit ist aber sehr wohl vereinbar, daß er vermöge des Reuerechts das Geleistete zurückfordern darf. Die L. 5. §. 1. cit. spricht nämlich, was nicht ausser Acht zu lassen ist, von der actio praescriptis verbis auf Erfüllung der Gegenleistung oder condemnatio in id quod interest („ut damneris mihi quanti interest mea illud, de quo convenit accipere"), und

*) Vgl. die ganze L. 5. cit.

da tritt der allgemeine Grundsatz ein, daß der Zufall den Empfänger von seiner Verbindlichkeit befreiet (casus a nemine praestantur). Allein aus dem Wegfallen der actio praescriptis verbis folgt noch nicht, daß der Leistende auch von seinem jus poenitendi keinen Gebrauch machen dürfe, vielmehr kann er das Geleistete stets mit der condictio causa data c. n. s. zurückfordern. Denn die Worte der L. 5 pr. D. de cond. c. d.: et cum per te non steterit, potest dici repetitionem cessare; sed cum liceat poenitere ei qui dedit, procul dubio repetetur id quod datum est, finden offenbar auch hier ihre Anwendung, weil das jus poenitendi durchgreifend bei den Innominatcontracten zur Anwendung kommt, und dadurch das Prinzip: casus a nemine praestantur eine Modification erleidet.

Zwar hat Wächter a. a. O. zu beweisen gesucht, daß die Worte in L. 5. §. 1. cit.:

Sed si scyphos tibi dedi, ut Stichum mihi dares, periculo meo Stichus erit, ac tu duntaxat culpam praestare debes,

nicht blos auf die actio praescr. verbis, sondern auch auf die concurrirende condictio ob causam datorum zu beziehen seyen, und daß in L. 16. D. eod. die Worte: si mortuus est Stichus, repetere possum, auf den Tod des Stichus vor der Leistung, also auf eine Zeit, wo die obligatio (der Innominatcontract) noch nicht perfect geworden sey, bezogen werden müßten. Allein, wenn auch die dagegen von Roßhirt [13]) geltend gemachten Einwendungen zweifelhaft sind [14]), so scheint doch die Ausle-

13) a. a. O. S. 392—93.

14) So z. B. ist die Unmöglichkeit der Anwendung des Grundsatzes: casus a nemine praestantur auf die Condictionsklage, als eine obligatio ex re, nicht einzusehen. Spricht doch die L. 5 pr. D. h. t. diesen Satz selbst aus, schlägt ihn aber durch das jus poenitendi nieder. Auch giebt es ja noch andere obligationes ex re, wo dieser Grundsatz unbedingt zur Anwendung kommt, und endlich hat Roßhirt bei jener Unmöglichkeit auch die L. 10. C. h. t. übersehen.

gung Wächter's nicht minder zweifelhaft zu seyn, weil sie dem klar ausgesprochenen Prinzipe in L. 5 pr. D. de cond. c. d. widerstreitet. Denn es heißt dort ausdrücklich: der Empfänger kann sich freilich auf das: casus a nemine praestantur berufen, aber es nützt ihm wegen des jus poenitendi des Leistenden nichts. Allein, schwierig ist es damit die entgegenstehende L. 10. C. h. t. zu vereinigen, wo es heißt: wenn A dem B Geld gegeben hat zum Zweck einer Gegenleistung (also entweder do ut des, oder do ut facias), und B ohne sein Verschulden (fortuito casu) die Gegenleistung nicht erfüllt, so findet die condictio ob caus. datorum nicht Statt. Denn danach behält B, was er empfangen hat, und kann, wie sich von selbst versteht, eben so wenig mit der actio praescr. verbis auf id quod interest condemnirt werden. Daß die Art und Weise, wie Roßhirt diesen Widerspruch zu lösen sucht, ihn mit seiner eigenen Theorie in Widerspruch bringt, dürfte aus dem Obigen erhellen. Man kann sich daher, wenn man nicht in der L. 10. C. cit. eine Abänderung des Pandectenrechts finden will, nur dadurch helfen, daß man sagt: die L. 10. C. cit. ist ein unbestimmtes Reskript, für welches man einen Fall aufsuchen muß, worauf dasselbe nach den bestimmten Grundsätzen des Pandectenrechts paßt [15]). Da es sich hier nun um die condictio causa data c. n. s. handelt, so kann man nur die Fälle der L. 5. D. h. t. (12. 4.) im Auge haben, worin ausgesprochen ist, daß die Condictionsklage ausnahmsweise wegfalle, wenn sich der casus in der Person des Empfängers bei Gelegenheit der Ausführung der Gegenleistung ereignete, und er ohnedies den casus nicht erlitten haben würde. An die L. 10. C. cit. schließt sich die (schon von den Glossatoren damit in Verbindung gebrachte) L. 11. C. eod. von denselben Kaisern (Diocletian und Mariminian) und demselben Jahre (300) an, worin implicite derselbe Satz ausgesprochen ist; daher denn auch diese Constitution auf ähnliche Weise interpretirt

15) Vgl. Thibaut a. a. O., und dessen logische Auslegung §. 38. Mühlenbruch, Pandecten. §. 362. Note 5.

werden muß. Zweifel bleiben jedoch immer dabei übrig, und so wird diese Frage, wie sie es schon von den Zeiten der Glossatoren her war, immer controvers bleiben.

§. 10.

Eine weitere Anwendung des von Ulpian in L. 23. D. de R. J. für die obligatorischen Verhältnisse aufgestellten Prinzips: casus fortuiti a nullo praestantur kommt im römischen Rechte noch in einer anderen Beziehung vor, und auch hier stößt man wieder auf bedeutende Controversen, woran grade diese Lehre sehr reich ist. Es fragt sich nämlich, wer den Schaden zu tragen habe, wenn bei Gelegenheit oder auf Veranlassung eines Vertrags den einen Contrahenten ein casus befiel? Diese Frage entscheidet Paulus in L. 26. §. 6. D. mand. (17. 1.) auf folgende Weise: wenn der Mandatar bei der Ausführung des Mandats einen zufälligen Verlust erlitten hat, so kann er von dem Mandanten keinen Ersatz dafür verlangen, weil ein reiner Unglücksfall mit dem Mandate in keinem unmittelbaren Zusammenhange steht.

Non omnia, quae impensurus non fuit, mandatori imputabit, veluti quod spoliatus sit a latronibus, aut naufragio res amiserit, vel languore suo suorumque adprehensus quaedam erogaverit; nam haec magis casibus, quam mandato imputari oportet.

Die letzteren Worte: magis casibus, quam mandato imputari oportet sprechen den Satz aus: für Schaden und Verluste, die in der Natur des Mandats gelegen sind, haftet zwar der Mandant dem Mandatar, nicht aber für Verluste, die nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge bei der Ausführung des Mandats nicht erwartet werden können. Jene kann man auf Rechnung des Mandats schreiben, diese hingegen muß man dem Zufall beimessen. Auch dieser Satz ist seit Accursius, welcher hier gradezu erklärt: nec hic §. de curialitate debet servari, von vielen Schriftstellern für durchaus unbillig erklärt worden. Es sey doch hart,

meint man, daß der Mandatar, der ja von dem Rechtsgeschäfte gar keinen Vortheil habe, noch dazu den Schaden tragen solle, den er ohne die Ausführung des Mandats nicht erlitten haben würde! Allein das römische Recht gründet ja überhaupt, folglich auch hier, die Verpflichtung zur Entschädigung auf eine Verschuldung des Ersatzpflichtigen. Ein Verschulden kann hier aber dem Mandanten auf keine Weise zur Last gelegt werden, und daher braucht er für casuelle Schadenszufügungen so wenig wie jeder andere debitor zu haften. Man hat sich freilich zur Entkräftung dieser Consequenz auf die Grundsätze von der societas berufen, die aber begreiflicherweise auf das Mandatsverhältniß ganz unanwendbar sind [1]).

In dem §. 7. der angeführten Stelle fährt nun Paulus so fort:

Sed cum servus, quem mandato meo emeras, furtum tibi fecisset, Neratius ait, mandati actione te consecuturum ut servus tibi noxae dedatur, si tamen sine culpa tua id acciderit. Quod si ego scissem talem esse servum, nec praedixissem ut possis praecavere, tunc quanti tua intersit, tantum tibi praestari oportet.

Hier giebt Paulus, der Ansicht des Neratius folgend, eine Restriction seines obigen Grundsatzes für den Fall zu, wenn ein im Auftrage des Mandanten gekaufter Sklave den Mandatar bestohlen hat. Diese Restriction betrifft aber nur den ersten Fall, der zweite versteht sich nach dem Prinzipe der Imputation von selbst. Denn wußte der Mandant, daß der gekaufte Sklave ein diebischer Sklave sey, und machte er den Mandatar nicht darauf aufmerksam, so ist er in culpa oder gar in dolo, und hat daher das ganze Interesse oder vollen Ersatz zu prästiren. Wußte er hingegen um diese Qualität des Sklaven nicht, und konnte daher den Mandatar nicht warnen (si sine culpa sua id acciderit), so ist er zwar nicht zur Leistung des Schadenserſatzes, wohl aber

1) Glück, Commentar. Thl. 15. S. 314—15. Später hat freilich Glück diese Ansicht wieder zurückgenommen. Vgl. unten Anm. 6 und 13.

zur noxae deditio des Sklaven verpflichtet. Will er sich zum noxae dare nicht verstehen, so muß er, wie weiter unten auszuführen ist, den Sklaven durch Schadensersatz vertreten, und dies wird er in allen Fällen thun, wo der Werth des Sklaven größer ist als der Schade, den derselbe durch den Diebstahl angestiftet hat.

Es scheint freilich auffallend, daß Paulus in L. 26. §. 6. D. cit. den Mandanten nie für Unglücksfälle haften läßt, deren Abwendung, wenigstens in der Regel, schlechthin ausser der Macht des Mandatars gelegen ist, wie z. B. naufragium und rapina, ihn aber auf der andern Seite in L. 26. §. 7. D. cit. verpflichtet, für das furtum des Sklaven einzustehen, da doch nach §. 8. das furtum zu denjenigen Fällen des casus gehört, bei welchen die römischen Gesetze die allgemeine Präsumtion aufstellen, daß er durch die Sorgfalt des Bestohlenen hätte abgewendet werden können. Liegt darin wohl eine Consequenz? Beim ersten Anblick freilich nicht; aber man darf nicht vergessen, daß das Haften des Herrn für die Verschuldung des Sklaven nicht mehr in das Gebiet der eigentlichen Imputation gehört, sondern ausserhalb desselben gelegen ist und auf eigenthümlichen Gründen beruht, von welchen hier noch nicht die Rede seyn kann. Insofern konnte Paulus ganz der Consequenz gemäß sagen: nach dem Grundsatze: casus a nullo praestantur haftet der Mandant dem Mandatar niemals für Unglücksfälle, die ihn bei der Ausführung des Mandats getroffen haben, aber nach den hievon verschiedenen Grundsätzen von der noxae deditio haftet er dem Mandatar für Diebstähle, welche der in seinem Auftrage gekaufte Sklave ohne seine Verschuldung (sine culpa sua) an dem Mandatar verübte.

Während nun Paulus je nach der Verschuldung oder Nicht-Verschuldung des dominus servi, in dem ersten Falle die actio mandati auf Schadensersatz, in dem zweiten dagegen nur auf noxae deditio des Sklaven gestattet, verwirft Africanus in L. 61. §. 5. D. de furtis (47. 2.) diese Unterscheidung. Er hält es der Billigkeit gemäß, daß der Mandant unbedingt den Schaden ersetze, er mochte um die diebische Qualität des ge-

kauften Sklaven gewußt oder nicht gewußt haben, und die Entscheidungsgründe, worauf sich Africanus stützt, sind so allgemein gefaßt, daß sie in die Lehre vom casus eine nicht geringe Verwirrung gebracht haben; daher man sich auch hier, wie oben (§. 9.), vor übereilten Schlüssen zu bewahren hat. Africanus sagt nämlich:

Quod vero ad mandati actionem attinet, dubitare se ait, num aeque dicendum sit omnimodo damnum praestari debere? Et quidem hoc amplius quam in casibus superioribus servandum: ut etiamsi ignoraverit is, qui certum hominem emi mandaverit, furem esse, nihilominus tamen damnum decidere cogetur. Justissime enim procuratorem allegare, non fuisse se id damnum passurum, si id mandatum non suscepisset. Idque evidentius in causa depositi apparere. Nam licet alioquin aequum videatur, non oportere cuiquam plus damni per servum evenire, quam quanti ipse servus sit: multo tamen aequius esse, nemini officium suum, quod ejus, cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse.

Hiernach fällt die von Paulus gemachte Unterscheidung zwischen der Verschuldung und Nicht-Verschuldung des Mandanten, als dominus servi, weg. Auch in dem letzteren Falle, sagt Africanus, kann sich der Mandatar darauf berufen, daß er den Schaden nicht erlitten haben würde, wenn er den Auftrag nicht übernommen hätte. Zwar sey es (nach den von der noxae deditio geltenden Grundsätzen) billig, daß der Herr durch den Sklaven keinen größeren Schaden leide, als der Sklave werth sey. Allein es sey noch viel billiger, daß ein Freundschaftsdienst Niemandem zum Schaden gereiche; und diese Gründe der Billigkeit, worauf sich Africanus stützt, bilden keinen Gegensatz gegen das Rechtliche, sondern sind das Rechtliche selbst. Denn das erste: „aequum videtur" bezieht sich auf die positiven Bestimmungen über noxae deditio, und durch das zweite: „multo aequius esse" will Afri-

canus sagen, daß die Natur des Mandats, als eines Freundschaftsvertrags, es noch mehr mit sich bringe, hier eine Ausnahme von dem Prinzipe der noxae deditio anzuerkennen. Man hat hier also an ein Berufen auf vage Billigkeitsgründe, von welchen überhaupt die römischen Juristen keine Freunde waren, gar nicht zu denken *).

Man hat diese beiden Stellen des Paulus und Africanus auf folgende Weise zu vereinigen gesucht. Africanus, hat man gesagt, spreche von einem Falle, wo der Mandatar den Auftrag erhalten habe, einen speciell bezeichneten Sklaven zu kaufen, wie dies theils aus den Worten: certum hominem erhelle, theils daraus, daß Africanus hinzufüge: idque evidentius ex causa depositi apparere, indem ein zu treuer Hand hinterlegter Sklave immer ein bestimmtes Subject sey. Paulus hingegen spreche nicht davon, sondern habe nur den Fall im Auge, wo der Mandatar im Allgemeinen den Auftrag erhalten habe, einen Sklaven zu kaufen. Hier habe also die Wahl von ihm, dort von dem Mandanten abgehangen, und daher sey es ganz billig, daß im letzteren Falle der Mandant den Mandatar vollständig entschädige, im ersteren dagegen sich durch noxae deditio seiner Verbindlichkeit, als Herr für den Diebstahl des Sklaven haften zu müssen, entledigen könne. Diesen Vereinigungsversuch haben Bachov, Meier, Pacius und Andere aufgestellt, während Pothier und Glück [2]) eine entschiedene Antinomie darin erkennen, die durch keine Auslegung aus dem Wege zu räumen sey, aber der Ansicht des Africanus, als der billigeren, den Vorzug geben.

Allerdings kann man jenem Vereinigungsversuche mit Grund nicht beistimmen, indem die Worte: quod si ego scissem talem

---

*) Vergl. überhaupt über die aequitas (das aequum jus) Burchardi über die Wiedereinsetzung in den vorigen Stand, §. 1.; auch Kant, metaph. Anfangsgr. der Rechtslehre, S. 39. und die Ethik des Aristoteles, 5. 15.

2) a. a. O. S. 310.

esse servum deutlich beweisen, daß auch Paulus an ein solches Mandat dachte, welches auf den Kauf eines bestimmten Sklaven berechnet war. Man könnte freilich supponiren, der Mandans habe nur im Allgemeinen den Auftrag zum Kauf eines Sklaven gegeben, und erst hinterdrein, d. h. nachdem der Kauf bereits abgeschlossen und der Sklave mit Vorwissen des Mandanten schon in das Haus des Mandatars gekommen war, sey die Frage entstanden, ob der Mandans um die diebische Qualität des aufgenommenen Sklaven gewußt, oder nicht gewußt habe. Allein abgesehen davon, daß die Worte des Gesetzes keine Veranlassung zu dieser Annahme geben, so ist es einleuchtend, daß Paulus auch in diesem, wie in dem Falle, wenn der Auftrag auf den Kauf eines speciellen Sklaven gerichtet war, nach den Grundsätzen von der noxae deditio nicht anders entscheiden konnte, als er entschied, und daß auch Africanus beide Fälle gleichmäßig hätte entscheiden müssen, weil er davon ausgeht, daß die Natur des Freundschaftsvertrags eine Modification jenes Grundsatzes der noxae deditio begründe. Unter diesen Umständen bleibt nichts anderes übrig, als in Beziehung auf das Haften für den Diebstahl des Sklaven eine Antinomie anzunehmen, wobei wir uns auch wohl beruhigen können, indem diese Controverse für uns unpraetisch geworden ist, und eine Anwendung derselben auf ähnliche Verhältnisse, z. B. auf den Fall, daß A dem B den Auftrag geben sollte, für ihn einen Dienstboten zu miethen und denselben einige Tage bei sich aufzunehmen, nicht möglich ist, weil von einer noxae deditio in solchen Verhältnissen niemals die Rede seyn kann. Wußte A um die diebische Qualität des fraglichen Dienstboten und verhehlte sie dem B, so haftet er allerdings für den durch den Diebstahl zugefügten Schaden, sonst aber ist er nach L. 26. §. 6. D. cit. dem B zu keinem Ersatze verpflichtet.

Glück a. a. O., welcher gleichfalls jene Antinomie anerkennt, aber dabei der Ansicht des Africanus, als der billigeren, den Vorzug giebt, ist indeß nicht so weit gegangen, aus den Entscheidungsgründen desselben in L. 61. §. 5. D. cit. eine weitere Antinomie zwischen Africanus und der die Regel aus-

sprechenden L. 26. §. 6. D. cit. (Paulus) abzuleiten, wie dies wohl von Andern geschehen ist. Zwar scheint es inconsequent, daß Glück in dem speciellen Falle des furtum der Ansicht des Africanus den Vorzug giebt, hingegen im Uebrigen mit Paulus ausspricht, daß der Mandans dem Mandatar zu keinem Ersatze verpflichtet sey, wenn diesen bei der Ausführung des Mandats Plünderung, Schiffbruch, Krankheit oder sonstige Unglücksfälle betroffen haben. Denn kann nicht auch in diesen Fällen der Mandatar dem Mandanten die Worte des Africanus entgegenhalten: non fuisse se id damnum passurum si id mandatum non suscepisset, und sich auf den Grundsatz des aequum jus berufen: nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse debere? Wirklich hat sich auch Tönsen [3]) dadurch täuschen lassen, indem er die Ansicht aufstellt: Africanus spreche in L. 61. D. cit. den Grundsatz aus, daß wenn gleich im Allgemeinen keine Verpflichtung eines Contrahenten zum Ersatze des durch reinen Zufall erlittenen Schadens statt finde, gleichwohl aus Gründen der Billigkeit bei reinen Freundschaftsverträgen eine Ausnahme insofern eintrete, als derjenige Contrahent, welcher sich unentgeldlich verpflichte, für den bei der Ausübung des Geschäfts eingetretenen casus Ersatz verlangen könne. Denn Africanus spreche nicht blos vom Mandat, sondern wende seinen Grundsatz auch auf das depositum an, und dies müsse denn auch auf andere unentgeltliche Geschäfte, namentlich die Vormundschaft, angewendet werden. In Beziehung auf die Vormundschaft ist auch Glück [4]) mit Voet [5]) der nämlichen Ansicht, theils weil es nach L. 61. §. 5. D. cit. die Billigkeit mit sich bringe, daß eine Pflicht, die Jemand unentgeltlich für einen Andern übernehme, ihm nicht zum Schaden gereiche; theils weil nach L. 52. §. 4. D. pro socio (17. 1.) der

3) Das allg. pos. Privatrecht, S. 452—53.
4) Comment. Thl. 32. S. 285.
5) ad Pand. 27. 4. §. 7.

eine socius dem andern socius das damnum casuale ersetzen müsse. Allein vorerst hat Glück selbst sich früher [6]) mit Recht gegen die Analogie von der societas erklärt, weil es in der Natur des Societätsverhältnisses liegt, daß die Gesellschafter Gewinn und Verlust mit einander zu theilen haben; sodann aber ist es ganz inconsequent, den Mandanten von der Entschädigungspflicht zu befreien, solche hingegen dem Mündel aufzuerlegen. Denn soll einmal der Billigkeitsgrund African's in L. 61. D. cit. entscheiden, so müßte derselbe eben so gewiß auch auf das Mandat und das Depositum zur Anwendung gebracht werden, wodurch denn die entgegen stehende Regel des Paulus in L 26. §. 6. D. cit. ganz aufgehoben würde, was doch nicht möglich ist. Zwar meint Glück, der Unterschied zwischen einem Vormunde und Mandatare bestehe darin, daß jener gezwungen, dieser hingegen freiwillig fremde Geschäfte unentgeltlich übernehme, und daher müsse es jener besser haben wie dieser. Allein dies heißt mit andern Worten, daß die Freiwilligkeit der Uebernahme des Mandats der Grund ist, weßhalb der Mandatar — keinen Ersatz für casuelle Verletzungen zu fordern berechtigt ist! Es haben sich daher auch Thibaut [7]), Wening-Ingenheim [8]), Valett [9]), kurz die mehrsten neueren Juristen, mit Recht dagegen erklärt, und den Mündel von der Verbindlichkeit freigesprochen, dem Vormunde den bei der Ausübung seines Amts durch Zufall erlittenen Schaden zu ersetzen. Auf gleiche Weise verhält es sich mit dem Mandate und dem Depositum. Denn eine Antinomie zwischen Africanus (L. 61. §. 5. cit.) und Paulus (L. 26. §. 7. cit.) besteht nur in Beziehung auf das Haften des Mandanten für den Diebstahl des in seinem Auftrage gekauften Sklaven, indem Africanus der Ansicht ist, man müsse hier über die Grundsätze der noxae deditio hinausgehen. Weiter widersprechen sich

6) Comment. Bd. 15. S. 314.
7) Pand.-System, §. 519. Note z., §. 420. Anm., §. 552.
8) Lehrb., Buch 4. §. 126.
9) Lehrb. des pract. Pandect.-Rechts, Thl. 3. §. 914.

beide nicht, mithin steht L. 61. cit. der von Paulus in L. 26. §. 6. cit. ausgesprochenen Regel keineswegs entgegen, wenn gleich African's Entscheidungsgründe von der Art sind, daß sie die Regel des Paulus gradezu aufheben, wenn man die darauf anwenden wollte. Allein ein solches Verfahren würde ein großer Verstoß gegen den Geist des römischen Rechts seyn. Denn im römischen Rechte ist es nicht ungewöhnlich, daß singulaire Bestimmungen auf allgemein gefaßte Entscheidungsgründe gestützt werden, ohne daß die letzteren deshalb als allgemein gültige Prinzipien zu betrachten sind. Mitunter stellen die römischen Gesetze für verschiedene Fälle coordinirte Grundsätze auf, von denen jeder seiner Wortfassung nach als ausschließliches Prinzip für alle Fälle gelten könnte; allein man darf keinen derselben über den Fall extendiren, für welchen er bestimmt ist. Hievon kam bereits im §. 9. bei Gelegenheit des Kaufvertrags und der Dienst- und Sachmiethe ein Beispiel vor. Aber auch an sonstigen Beispielen fehlt es nicht, daß die gesetzlichen Entscheidungsgründe mitunter zu generell gefaßt sind, und daher mehr beweisen als sie beweisen sollen, folglich cum grano salis anzuwenden sind. So z. B. wird in L. 1. §. 5. D. de injur. (47. 10.) mit Rücksicht auf einen zu entscheidenden speciellen Fall die actio injuriarum aus dem Grunde verweigert, quia nulla injuria est quae in volentem fit, woraus aber keineswegs folgt, daß schlechthin in allen Fällen der Einwilligung die Injurie ihrem Begriffe nach wegfällt [10]). So wird ferner im Cap. 7. X. de adulteriis (5. 16.) mit Rücksicht auf einen speciellen Fall als allgemeiner Entscheidungsgrund ausgesprochen: cum paria crimina compensatione mutua deleantur, wobei die Restriction dieses Grundsatzes noch einleuchtender ist [11]), u. s. w. Wie leicht, bemerkt Thibaut [12]), ist

10) Archiv des Crim.-Rechts, Bd. 11. S. 282 f. Meine Theorie von der Zurechnung und Milderung, Heidelb. 1836. S. 59. Abegg, Unterss. aus dem Gebiete des Strafrechts, S. 62. Anm. 4.

11) Glück, Commentar, Thl. 15. S. 67 f.

12) Theorie der logischen Auslegung d. röm. Rechts. S. 162. ed. 2.

es nicht, daß man bei Entscheidung eines besonderen Falles zu sehr generalisirt und mehr darauf sieht, eine für die Umstände entscheidende, als eine für die Wissenschaft richtige und von allen Seiten genau bestimmte Regel aufzustellen. Und dieß trifft grade im römischen und kanonischen Rechte, welche an Entscheidungen über einzelne Fälle so überaus reich sind, nicht selten zu.

Erwägt man daher, daß Paulus in L. 26. §. 6. cit. die Regel ausspricht, von dieser Regel im §. 7. eine Ausnahme anerkennt, und African nur in dieser Ausnahme weiter gehen will, als Paulus, so können die Entscheidungsgründe des Africanus über diese Ausnahme hinaus nicht extendirt werden, und die entgegen stehende Regel des Paulus in L. 26. §. 6. D. cit. um so weniger aufheben, als die letztere mit dem sowohl in als ausserhalb des Obligationsnexus anerkannten Prinzipe des römischen Rechts: casus a nemine praestantur in der innigsten Verbindung steht. Von diesem Prinzipe bilden mithin selbst die Freundschafts- oder unentgeltlichen Verträge keine Ausnahme, indem weder der Commodans für den casuellen Untergang seiner Sache vom Commodatar Ersatz bekommt (§. 8.), noch der Mandatar, der Vormund und der Depositar für den bei der Ausübung ihres Geschäfts, beziehungsweise aus der Aufbewahrung der fremden Sache erwachsenen casuellen Schaden Entschädigung verlangen können, ausgenommen in dem Falle, wenn die im Auftrage gekaufte oder hinterlegte Sache ein Sklave war, indem alsdann die besonderen Grundsätze von der noxae deditio zur Anwendung kommen. Möglich ist es zwar, daß Africanus bei den unentgeltlichen Verträgen überhaupt anderer Meinung war, allein im Allgemeinen finden wir, daß die römischen Juristen den Grundsatz: casus a nemine praestantur keineswegs für einen Grundsatz des strengen Rechts, im Gegensatze der Billigkeit, hielten, sondern für etwas, was sich ganz von selbst verstehe.

Schließlich ist noch der besonderen Entscheidung Ulpian's in L. 58. §. 1. D. pro socio (17. 2.) zu erwähnen, welche sich auf das Societätsverhältniß bezieht, und dahin geht, daß der zufällige Verlust des Geldes nur dann die Societät treffe, wenn es

durch die Societät oder bei Ausführung von Societätszwecken verloren ging [13]). Diese vom Mandat und von der Vormundschaft abweichende Bestimmung erklärt sich daraus, daß nach der Natur der societas die socii die commoda und detrimenta gemeinschaftlich zu tragen haben.

So viel hiervon, und überhaupt vom Tragen des periculum im Obligationsnexus. Wir gehen jetzt zur Entwickelung des dritten Hauptfalls über.

§. 11.

C. Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus durch leblose oder lebendige Gegenstände der vernunftlosen Natur ohne Verschuldung ihres Eigenthümers.

Auch hier bekennt sich das römische Recht zu dem gleichen Prinzipe, wie in den übrigen seither entwickelten Fällen, indem es wenigstens unmittelbar *) Niemanden zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den sein Eigenthum, es gehöre zu den leblosen oder zu den lebendigen Gegenständen der vernunftlosen Natur, einem Dritten zugefügt hat, vorausgesetzt, daß von Seiten des Eigenthümers keine Verschuldung dabei concurrirte. Zwar hat Schöman [1]) dieses Prinzip gradezu umgekehrt, und behauptet, das römische Recht stelle in Uebereinstimmung mit der Philosophie des Rechts den Grundsatz auf, daß der Bürger unbedingt zur Entschädigung verpflichtet sey, wenn er, oder auch nur sein Eigenthum, gleichviel ob lebendes oder lebloses, die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers gewesen sey, um den Zustand der Rechtsgleichheit zu erhalten. Allein vorerst dürfte sehr zu bezweifeln seyn, ob die Philosophie des Rechts diesen Grundsatz, den

---

13) Wächter im Arch. für civ. Praxis. Bd. 15. S. 203 f.

*) So muß man sich mit Rücksicht auf die pauperies und die Retention von Schaden zufügenden Sachen in gewissen Fällen, ausdrücken.

1) Vom Schadenserf. Thl. 1. S. 26 f. Handbuch des Civilrechts. Bd. 1. S. 186.

Schöman sonderbar genug sogar mit dem Prinzipe der rechtlichen Gleichheit in Verbindung bringt, wirklich anerkennt; und was sodann das römische Recht betrifft, so hat Schöman dasselbe offenbar mißverstanden, wie schon die mehrfachen Unterscheidungen in dem Pandecten-Titel 9. 1: si quadrupes pauperiem fecisse dicatur ergeben [2]).

Wir haben hier zwei Fälle zu unterscheiden. Den ersten bilden Schadenszufügungen durch leblose Sachen. Für diese stellt das römische Recht den Grundsatz auf: Niemand kann wegen des Schadens belangt werden, den ohne seine Schuld eine seiner leblosen Sachen einem Andern zugefügt hat. Wenn z. B. ein Ziegel von einem Dache herabfällt und einen Vorübergehenden beschädigt, so ist der Hauseigenthümer nicht verpflichtet, ihn dafür zu entschädigen. L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil. (9. 2.): cessat Aquilia .... si tegula ceciderit. Eben so wenn ein Haus auf die Straße stürzt und vorüberziehende Sachen beschädigt, oder wenn ein Schiff durch die Gewalt des Wassers und des Windes losreißt, auf ein anderes stößt und dieses beschädigt [3]), u. s. w. L. 29. §. 2. 3. 4. eod.:

Si navis tua impacta in meam scapham damnum mihi dedit, quaesitum est quae actio competeret? Et ait Proculus, si in potestate nautarum fuit ne id accideret et culpa eorum factum sit, lege Aquilia cum nautis agendum .... Sed si fune rupto, aut cum a nullo regeretur navis, incurrisset, cum domino agendum non esse. §. 3. Idem Labeo scribit, si cum vi ventorum navis impulsa esset in funes anchorarum alterius et nautae funes praecidissent, si nullo alio modo nisi praecisis funibus explicare se potuit, nullam actionem dandam. Idemque Labeo et Proculus et circa retia piscatorum, in quae navis inciderat, aestimarunt. Plane si culpa nau-

2) Glück, Comment. Thl. 10. S. 289.

3) Tönsen, das allgem. pos. Privatrecht. S. 307. 390. Thibaut, Versuche. Thl. 2. S. 197.

tarum id factum esset, lege Aquilia agendum .... §. 4. Si navis alteram contra se venientem obruisset, aut in gubernatorem aut in ducatorem actionem competere damni injuriae, Alfenus ait. Sed si tanta vis navis facta sit ut temperari non potuit, nullam in dominum dandam actionem; sin autem culpa nautarum id factum sit, puto Aquiliae sufficere.

Von diesem Grundsatze kommt indeß im römischen Rechte eine merkwürdige Ausnahme vor, wenn sie anders wirklich als solche gelten kann. Thibaut[4]) sieht in dieser Ausnahme eine Begünstigung des Besitzes unbeweglicher Sachen, indem er bemerkt: „die Römer haben auch in andern Fällen dem Besitzer einer unbeweglichen Sache manche Rechte eingeräumt, die sie unter gleichen Umständen einem Andern nicht zugestanden. Stürzt z. B. ein Haus auf die Straße und beschädigt vorüberziehende Sachen, so wird Niemand im römischen Rechte ein dem Beschädigten zustehendes Rechtsmittel finden; fällt hingegen mein Haus auf den Grund meines Nachbarn, so darf er die Materialien retiniren, bis ihm der Schaden ersetzt ist[5]). Eben so: wenn durch Gewalt des Windes und Wassers die Ankertaue meines Schiffes reissen und das Schiff auf ein anderes prellt und dieses beschädigt, so hat der Eigenthümer des letztern gar keine Klage gegen mich[6]). Gesetzt aber, mein Schiff wird auf den Acker eines Dritten getrieben? Hier sagen die Gesetze ausdrücklich, daß der Eigenthümer des Bodens das Schiff retiniren dürfe, bis ihm der durch dasselbe zugefügte Schaden vergütet sey[7])."

Allein richtiger sagt man wohl, daß diese Bestimmung des römischen Rechts vielmehr auf einer Erweiterung der cautio de

4) Versuche, Thl. 2. S. 197—98.

5) L. 7. §. 2. D. de damn. inf. (39. 2.).

6) L. 29. §. 3. D. ad leg. Aquil. (9. 2.).

7) L. 9. §. 3. D. de damno inf. (39. 2.). L. 8. D. de incend. ruina (47. 9.).

damno infecto durch die Doctrin oder Interpretation der römischen Juristen beruht, und sowohl aus diesem Grunde, als auch weil die cautio de damno infecto überhaupt mit dem Prinzipe der Imputation nicht im Einklange zu stehen scheint, indem sie gegen Beschädigungen durch leblose Gegenstände gerichtet ist, welche an sich keine Ersatzpflicht begründen, wird es nöthig seyn, einige allgemeine Bemerkungen über dieselbe vorauszuschicken.

Geht man von dem nach den obigen Zeugnissen unzweifelhaften Grundsatze aus, daß Niemand verpflichtet ist den Schaden zu ersetzen, den sein lebloses Eigenthum einem Andern zufügte *), und verbindet man damit die weiteren Grundsätze **), daß nach der Strenge des Rechts jeder sein Eigenthum unausgebessert lassen darf, weil die lex Aquilia keine Haftung für Unterlassungshandlungen anerkennt, und daß wer von seinem Rechte innerhalb der Grenzen desselben Gebrauch macht, Niemanden zu entschädigen braucht (qui jure suo utitur, neminem laedit): so konnte der Prätor, welcher die cautio de damno infecto einführte, ohne gegen das jus civile zu verstossen, nicht gradezu erklären, daß wenn ein Haus oder sonstiges künstliches Werk einstürze und auf des Nachbarn Boden falle, der Eigenthümer dem letzteren dafür Ersatz zu leisten habe; sondern er konnte unbeschadet des jus civile, welches sich lediglich auf geschehene Verletzungen (damna data) bezog, nur dem mit einer zukünftigen oder bevorstehenden Schadenszufügung (damno infecto) bedrohten Nachbarn schon aus polizeilichen Gründen, die ja auch sonst mehrfach bei Gebäuden in Anwendung kommen, seinen Beistand zusichern, und ihm auf diesem indirecten Wege den gleichen Vortheil verschaffen. Der Nachbar hat nämlich nach prätorischem Edicte das Recht, eine Caution von dem Eigenthümer des Schaden drohenden künstlichen Werks zu verlangen. Diese Caution ist darauf gerichtet,

*) Die Worte „ohne Schuld des Eigenthümers" verstehen sich dabei von selbst.

**) Thibaut, System der Pandecten, §. 731. Hasse, von der culpa, §. 3.

entweder das Werk sogleich auszubessern, oder im Falle des Einsturzes Ersatz zu leisten. Durch beides ist der Nachbar gesichert. In dem ersten Falle unmittelbar und sogleich; in dem zweiten Falle mittelbar und für die Zukunft. Kommt es dann später zu einer Entschädigungsklage, so gründet sich dieselbe auf die geleistete Caution, mithin auf einen Vertrag (actio ex stipulatu); und so gelangte der Prätor durch das medium der Caution zu dem nämlichen Resultate, wie wenn er gradezu, aber gegen das jus civile, die Entschädigungspflicht des Eigenthümers ausgesprochen hätte. Will aber letzterer keine Caution leisten, so treten anderweitige Zwangsmittel gegen ihn ein (die missiones in possessionem) — denn auf halbem Wege konnte der Prätor nicht stehen bleiben — und diese Zwangsmaaßregeln endigen mit einer Art von noxae deditio, d. h. der Eigenthümer des Schaden drohenden oder baufälligen Werks muß, wenn alle Maaßregeln erschöpft sind, zuletzt sein Gebäude Preis geben, kann aber eben deshalb durch Dereliction desselben sich der Cautionspflicht und sonstigen Zwangsmaaßregeln von vorneherein entziehen [8]). Alle diese Weitläuftigkeiten wären unnöthig gewesen, wenn nicht der Prätor durch den Satz des jus civile gebunden gewesen wäre, daß der Eigenthümer für den Schaden lebloser Sachen nicht zu haften habe, und nach der Strenge des Rechts auch nicht zu Verbesserungen seines Hauses verpflichtet sey. Diesen Gegensatz zwischen dem jus civile und dem prätorischen Edicte, so wie die Analogie der noxae deditio, stellt auch Ulpian in L 7. §. 1. D. h. t. (39. 2.) so dar:

Hoc edictum prospicit damno nondum facto, cum caeterae actiones ad damna, quae contigerunt, sarcienda pertineant, ut in legis Aquiliae actione et aliis; de damno vero facto nihil edicto cavetur. Cum enim animalia quae noxam commiserunt, non ultra nos solent onerare quam ut noxae ea dedamus, multo magis ea quae anima carent, ultra nos non deberent one-

8) L. 16. D. h. t. (39. 2.).

rare, praesertim cum res quidem animales, quae damnum dederint, ipsae extent, aedes autem si ruinae damnum dederunt, desierint extare. §. 2. Unde quaeritur etc.

So sehr es nun auch den Anschein hat, daß sich die römischen Juristen streng an den Begriff des damnum infectum hätten binden sollen, da, wie Ulpian ausdrücklich sagt, de damno facto nihil edicto cavetur, und: si aedes ruina damnum dederunt, desierint extare, folglich dann nicht einmal ein noxae dare derselben möglich war: so finden wir doch, daß die römischen Juristen diese Bedenklichkeiten überwanden. Das prätorische Edict hatte einmal, ohne das Prinzip des jus civile zu verletzen, durch das medium der Caution bei Schadenszufügungen durch künstliche Werke einen mittelbaren Entschädigungszwang eingeführt, und daher waren sie der Ansicht, daß man die Worte des Edicts nicht zu streng auszulegen, sondern sie vielmehr ihrem Geiste nach auf ähnliche Fälle zu ertendiren habe, wodurch denn an die Stelle der prätorischen cautio pro futuro eine cautio pro praeterito trat, und zugleich ein Analogon der noxae deditio gefunden wurde. Wir haben in dieser Beziehung eine zwiefache Ausdehnung des Edicts durch die römische Doctrin zu betrachten.

1) Gleich im §. 2. der angeführten Stelle wirft Ulpian die Frage auf, ob eine Klage gegen den Eigenthümer auch dann zulässig sey, wenn vor der Cautionsleistung (antequam caveretur) das Gebäude eingestürzt und auf des Nachbarn Boden gefallen sey, und beantwortet diese Frage mit Julian dahin: „Entweder will der Eigenthümer die hinübergefallenen Stücke seines Gebäudes abholen, dann braucht der Nachbar dieses nur unter der Voraussetzung zu gestatten, daß er vorerst Alles, folglich auch den unbrauchbaren Schutt wegräumt, und sodann eine cautio de damno sarciendo, sowohl pro praeterito als pro futuro leistet. Oder er will seine Sachen derelinquiren, dann kann ihn der Nachbar zwingen, entweder den Schutt wegzuräumen, oder sein ganzes Gebäude zu derelinquiren." Doch fügt Gajus (L. 8. D. eod.) hinzu, daß dieses Recht dem Nachbarn nicht unbedingt ein-

zuräumen sey, namentlich nicht in dem Falle, wenn er durch eigne Nachlässigkeit die cautio de damno infecto versäumt habe, sondern nur bei unverschuldeten Verhinderungen, und darin stimmen ihm auch Julian und Ulpian (L. 9pr. eod.) bei. Hieraus ergiebt sich der Satz: wer durch entschuldbare Gründe (z. B. propter angustias temporis, oder quia reipublicae causa aberat, oder si pupillus tutorem non habeat etc.) abgehalten wird, um eine cautio de damno infecto beim Prätor nachzusuchen, soll gleichsam noch nachträglich zu derselben zugelassen, d. h. grade so behandelt werden, wie wenn er zeitig um dieselbe nachgesucht hätte, wobei jedoch — weil es sich hier nämlich von einem bereits geschehenen Schaden handelt — statt der prätorischen cautio pro futuro eine cautio pro praeterito gegeben wird. Denn die daneben vorkommende cautio pro futuro enthält nichts Besonderes, weil sie sich auf den durch die Wegräumung des Schutts entspringenden, mithin bevorstehenden Schaden bezieht. Die Erweiterung des Edicts besteht hier mithin in der Gewährung einer cautio pro praeterito, und mit Julian gründet Ulpian die Verpflichtung zu derselben darauf: quod re integra custoditur, hoc non inique etiam post ruinam aedium praestabitur; integra autem re unusquisque cogitur aut de damno infecto cavere, aut aedibus carere quas non defendit. Es sind mithin Gründe der Billigkeit (und diese werden in dem nämlichen §., verbis: non inique Praetorem curaturum wiederholt), worauf die römischen Juristen ihre Erweiterung des prätorischen Edicts stützen. Unmittelbar kann zwar der Eigenthümer des eingestürzten Gebäudes nicht auf Ersatz belangt werden, weil hiefür das jus civile kein Rechtsmittel gewährt, aber man kann ihn im Geiste des prätorischen Edicts mittelbar dazu zwingen. Will er nämlich seine Sachen von des Nachbarn Grund und Boden abholen, so ist er zuvor zur cautio de damno sarciendo pro praeterito et futuro verpflichtet, und dann kann er aus dem Vertrage (actione ex stipulatu) auf Entschädigung belangt werden; will er hingegen den Schutt derelinquiren und sich nicht zur Wegräumung desselben verstehen, so soll er das ganze

Gebäude, so viel noch davon steht sammt dem Boden Preis geben, also noxae dare. Daher die von Julian gestellte Alternative: aut damnum sarciat, aut aedibus careat quas non defendit; und Ulpian fügt hinzu: sententiam Juliani utilitas comprobat. Dabei ist es freilich nicht zu verkennen, daß das System des prätorischen Edicts, namentlich in seiner Erweiterung durch die Interpretation der römischen Juristen, eine sehr bedeutende, wenn auch nicht directe, doch indirecte (mittelbare) Beschränkung des Prinzips der Imputation enthält, indem an sich Niemand für unverschuldete Schadenszufügungen (geschweige denn für bloß drohende) durch lebloſe Gegenstände seines Eigenthums zu haften verpflichtet ist. Da indeß diese Beschränkung nur eine mittelbare ist, so blieb dabei das Prinzip des jus civile gewahrt, und die römischen Juristen nahmen daher keinen Anstand:

2) nach Analogie des zuletzt gedachten Falles auch noch in andern Fällen, wo eine cautio de damno infecto nach dem Buchstaben des Edicts nicht möglich war, ein Analogon derselben eintreten zu lassen. Hievon kommen, und zwar grade aus Ulpians Commentar über das betreffende Edict, Beispiele in den Pandecten vor, woraus die neuere Doctrin den Satz gebildet hat, daß das Retentionsrecht unter Anderem auch gestattet sey wegen eines durch die Sache erlittenen Schadens rücksichtlich des Ersatzes[9]), oder, wie man sich genauer ausdrücken sollte: die Retention einer Sache ist unter Anderem auch gestattet, wenn man durch sie einen Schaden erlitten hat, den zu ersetzen der Eigenthümer auf directem Wege nicht genöthigt werden kann. So heißt es bei Ulpian in L. 9. §. 3. D. de damno inf. (39. 2.):

Neratius autem scribit, si ratis in agrum meum vi fluminis delata sit, non aliter tibi potestatem tollendi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

9) Wening-Ingenheim, Lehrbuch, Buch 1. §. 105. (§. 169.). Thibaut, System der Pand. §. 311. not. l. ed. 7. §. 224. not. d. ed. 8.

Der gleiche Satz ist ausgesprochen in L. 5 §. 4. D. ad exhibendum (10 4) unter Berufung auf Neratius, und abermals in L. 8. D. de incend. ruin. (47. 9.)

(Neratius Lib. 2. Resp.): ratis vi fluminis in agrum meum delatae non aliter potestatem tibi faciendam, quam si de praeterito quoque damno mihi cavisses.

Auch hier wird mithin, wie in dem obigen Falle, die cautio de damno resarciendo noch nachträglich gestattet, und zwar als cautio pro praeterito; und auf dieser Cautionsleistung, mithin auf dem eingegangenen Vertrage, und nicht auf der Schadenszufügung an sich, beruht die Verpflichtung des Eigenthümers zur Ersatzleistung, wofern letzterer es nicht vorzieht, sein Eigenthum zu derelinquiren. Eine directe Klage auf Schadloshaltung giebt es also auch hier nicht, und der Ersatz fällt weg, wenn die Sache von so geringem Werthe ist, daß der Eigenthümer sie lieber derelinquirt als sich zur Cautionsleistung versteht. Die Aehnlichkeit dieses Falles mit dem obigen (L. 7. §. 2. D. h. t.) ist so einleuchtend, daß sie keiner weiteren Begründung bedarf, und es rechtfertigen sich danach die obigen Worte: „den zu ersetzen, der Eigenthümer auf directem Wege nicht genöthigt werden kann."

Nach dieser Deduction kann der Grund jenes Retentionsrechts weder in eine Begünstigung unbeweglicher Sachen, noch darin gesetzt werden, daß etwa der rohe Verstand so argumentirt habe: führt derselbe Unglücksfall, welcher mich in Schaden gebracht hat, die fremde Sache (das corpus delicti) in meine Gewalt, so benutze ich billigerweise diesen glücklichen Umstand, um die Sache nicht eher aus meinen Händen zu geben, als bis der Eigenthümer sich bequemt, mir Entschädigung für den erlittenen Schaden zu versprechen, und will er dieses nicht, so bekommt er seine Sache nicht zurück. Dies würde ein Raisonnement des Eigennutzes seyn, welches zu billigen die römischen Juristen gewiß Anstand genommen hätten. Gründete sich das Retentionsrecht auf eine Bestimmung der zwölf Tafeln, so ließe sich die Sache noch eher hören,

wiewohl dergleichen Argumentationen im Ganzen mißlich sind. Allein das die Stelle der cautio de damno infecto vertretende Retentionsrecht und die cautio pro praeterito beruhen vielmehr auf der Doctrin, und zwar auf einer analogen Anwendung des prätorischen Edicts über die cautio de damno infecto auf ähnliche Fälle. Letzteres hatte den ersten Riß in das Prinzip des römischen Rechts über das Tragen des casus bei Verletzungen durch leblose Gegenstände gebracht, und die römischen Juristen erweiterten denselben im Geiste des Edicts noch mehr, so jedoch, daß das Prinzip des jus civile immer gewahrt blieb. Zwar scheinen die Billigkeitsgründe, worauf sie sich für diese Erweiterung berufen, vielmehr dem Prinzipe der Imputation zu widerstreiten. Allein man darf die römischen Juristen nicht mißverstehen! Ihre Billigkeitsgründe sind nur relativ, d. h. nur in Beziehung auf das nach ihrer Ansicht zu eng gefaßte prätorische Edict gemeint, und daneben hatten sie, wie namentlich die Worte: aut damnum sarciat aut aedibus careat quas non defendit ergeben, die Analogie der noxae deditio im Auge, die in der That auch ganz passend ist.

Gleichwohl hat man, und zwar schon von der Glosse her, die Bestimmung in L. 9. §. 3. D. cit. und in den übrigen angeführten Stellen, als deren Begründer Neratius *) erscheint, für so unvernünftig, und mit dem Systeme des römischen Rechts über das Tragen des casus so unvereinbar gehalten, daß man alle Mittel aufgeboten hat, um das fragliche Retentionsrecht auf den Fall der Verschuldung des Eigenthümers der Schaden bringenden Sache zu beschränken, indem man in der L. 9. §. 3. D. cit. voraussetzte, daß der Eigenthümer seinen Floß nicht gehörig befestigt gehabt habe. Vollständig ist diese Controverse neuerdings in Cropp's und Heise's jurist. Abhandl. Bd. 1. Nr. 20. erörtert, und zwar in der Hauptsache richtig entschieden worden, allein wie es scheint aus Gründen, die in mehrfachen Beziehungen bedenklich sind;

*) Unter Hadrian ein sehr angesehener Jurist. Zimmern, Rechtsgesch. Thl. 1. S. 325.

daher ein näheres Eingehen in diese Controverse nicht unterbleiben kann.

Die Gründe, aus welchen nach dem Vorgange der Glosse, namentlich Peckius, Vinnius, Struv, und insbesondere Bynkershoek[10]), die auch in andern Stellen wiederholte L. 9. §. 3. D. cit. auf ein Verschulden des Eigenthümers der Sache beschränken, sind im Wesentlichen folgende:

1) „Es sey überhaupt unjuristisch, Jemanden, der bei einem eingetretenen Schaden gar nichts verschuldet habe, zum Ersatze desselben zu verpflichten, und daher lasse sich für den Fall des Wegschaffens der retinirten Sache nur eine cautio pro futuro, nicht aber auch pro praeterito rechtfertigen. Denn das verstehe sich freilich von selbst, daß der Eigenthümer den Schaden, den er bei dem Wegschaffen seiner Sache auf fremdem Boden anrichte, wieder ersetzen müsse." Allein dieser Einwand ist theils eine reine petitio principii, und läßt sich[11]) schon durch die Analogie der Noralklagen, so wie der actio de pauperie widerlegen; theils darf man nicht vergessen, daß es sich hier ja nicht von einer unmittelbaren, sondern bloß mittelbaren Verpflichtung zur Entschädigung handelt, und hierauf ist eben das Hauptgewicht zu legen. Ob man aber auch mit Cropp sagen könne: „daß die L. 9. §. 3. D. cit. von einem Falle rede, der das Verschulden des Eigenthümers schlechthin ausschließe, indem er eine vis fluminis, mithin eine höhere Gewalt voraussetze, und daß auch nichts Unbilliges darin liege, daß der Eigenthümer, welcher allen Vortheil von der Sache genieße, eher den durch sie angerichteten Schaden zu tragen habe, als der Dritte, dem sie gar nicht zum Nutzen gereiche", dürfte sehr zu bezweifeln seyn. Denn, was den ersten Satz betrifft, so läßt sich, wie bereits oben (§. 8.) bemerkt wurde, keineswegs behaupten, daß in Fällen der vis major eine culpa gar nicht denkbar sey. So z. B. gehören Ebbe und Fluth

10) Observ. jur. Rom. 4. 9. Die übrigen Schriften sind bei Heise und Cropp a. a. O. S. 416. Not. 5. angeführt.

11) Cropp, a. a. O. S. 419.

zu den unwiderstehlichen Naturereignissen. Allein sie sind vorherzusehen und daher können, wenigstens häufig, die daraus entspringenden Nachtheile abgewendet werden. Das Gleiche ist, wenigstens öfters, beim Eisgange und der dadurch bewirkten Ueberschwemmung der Fall. Tritt nun die Ebbe und Fluth oder die Ueberschwemmung bei einem Eisgange in nicht ungewöhnlicher Stärke, sondern ordnungsmäßig und in gewöhnlichem Maaße ein, und hatte der Eigenthümer des Floßes oder Schiffes, welches auf einen fremden Boden anstieß und diesen verwüstete, die gewöhnlichen Vorsichtsmaaßregeln versäumt: so würde es keinem Bedenken unterliegen, daß er ex lege Aquilia auf Ersatz in Anspruch genommen werden könnte. Was sodann den zweiten Satz betrifft, so beweist derselbe offenbar mehr als er beweisen soll, folglich zu viel. Denn danach müßte es die Billigkeit erfordern, daß der Eigenthümer schlechthin für alle Verletzungen, die durch Gegenstände seines leblosen Eigenthums bewirkt wurden, haften müßte, was doch das römische Recht als Regel keineswegs anerkennt. Die Billigkeitsgründe, worauf sich die römischen Juristen berufen, sind von denen, welche Cropp geltend macht, durchaus verschieden. Sie dehnten die nach ihrer Ansicht zu eng gefaßten Bestimmungen des prätorischen Edicts analog auf ähnliche Fälle aus, und gelangten so zu einer cautio de damno resarciendo pro praeterito, während das prätorische Edict sie nur pro futuro anerkennt. Sie glaubten darin im Geiste des Edicts zu handeln, und hatten dabei auch die Analogie der noxae deditio für sich. Das will das aequum est der römischen Juristen bedeuten, und die von ihnen ausgegangene Erweiterung des Edicts über cautio de damno infecto ergiebt sich nach der obigen Ausführung theils aus der Zusammenstellung der in L. 7. §. 2. D. — L. 3. §. 9. D. h. t., mithin in dem Titel de damno infecto, enthaltenen Fälle, worunter sich auch der unsrige befindet; theils aus der Aehnlichkeit des, auf einer offenbaren Ausdehnung des Edicts beruhenden Falles in L. 7. §. 2. D. cit. mit dem unsrigen. Denn bei beiden treten das Retentionsrecht, die cautio pro praeterito, und das noxae dare als characteristisch hervor,

und beide Fälle beschränken sich, gleich der cautio de damno infecto des prätorischen Edicts, auf Verletzungen durch leblose Sachen, die einen fremden Grund und Boden treffen oder getroffen haben, finden daher keine Anwendung auf Schadenszufügungen, die auf offener Straße durch fremdes Eigenthum geschehen (L. 5. §. 2. D. ad leg. Aquil), wobei ohnehin von einem Retentionsrechte im juridischen Sinne des Worts nicht die Rede seyn kann. Denn das Aufheben oder Wegnehmen des corpus delicti ist von dem Retiniren desselben wesentlich verschieden, und gesetzlich nicht einmal gestattet. — Die Gegner berufen sich:

2) auch noch darauf, „daß nach L. 9. §. 1. u. 2. D. h. t. (39. 2.) der Eigenthümer dem Retinirenden nur für das damnum infectum zu caviren brauche, und diese Vorschrift lasse sich mit der L. 9. §. 3. D. cit. nicht anders vereinigen, als wenn man die Verpflichtung auch für den schon zugefügten Schaden zu caviren, auf den Fall eines vom Eigenthümer begangenen Verschuldens beschränke." Zur Entkräftung dieses Einwandes wird freilich von Cropp geltend gemacht, daß man in L. 9. §. 2. cit. statt mit der Vulgata und Haloander: de damno infecto, vielmehr mit der Florentina: de damno jam facto lesen müsse, und daß, wenn auch zwischen den von Ulpian angeführten Ansichten des Trebatius (L. 9. §. 1.) und des Alfenus (L. 9. §. 2.) eine Meinungsverschiedenheit bestanden haben sollte, doch die Meinung des Neratius (L. 9. §. 3) den Vorzug verdiene, indem sie nicht nur zuletzt stehe, und deshalb von Ulpian gebilligt werde, sondern auch noch in zwei andern Pandectenstellen ohne alle Mißbilligung wiederholt werde. Allein auch diese Argumentation, so sehr man ihrem Resultate beistimmen muß, ist im Einzelnen schwerlich gegründet. Liest man nämlich L. 9. §. 1. 2. 3. im Zusammenhange, so überzeugt man sich leicht, daß zwischen Trebatius, Alfenus, und Labeo auf der einen, und Neratius auf der andern Seite eine Meinungsverschiedenheit über die vis fluminis bestand, wie dies namentlich aus der Wortverbindung: Trebatius refert... Alfenus quoque scribit... idque Labeo probat... und endlich: Neratius autem scribit

hervorgeht. In L. 9. §. 1. spricht Trebatius sich dahin aus: wenn die vis fluminis Sachen auf fremden Grund und Boden treibe, so dürfe der Eigenthümer sie zurückfordern, habe aber zuvor eine cautio de damno infecto (nämlich für den Schaden, der aus dem Wegschaffen seiner Sache entstehen könnte) zu leisten. Auch Alfenus spricht sich darüber auf dieselbe Weise aus, und dieser Ansicht stimmt auch Labeo bei. Die Lesart der Florentina: de damno jam facto giebt dagegen keinen vernünftigen Sinn; man muß vielmehr mit der Vulgata und Haloander: infecto lesen. Dies ergiebt theils schon der Gegensatz: Trebatius refert .... Alfenus quoque scribit.... Neratius autem scribit; theils heißt es ja gleich darauf: „denn der bereits angestiftete Schaden gehört nicht zur Cognition des Richters, wohl aber ist der Eigenthümer verpflichtet Alles, folglich auch das für ihn nicht Brauchbare, wegzuräumen". Wie kann man nun aber sagen: der Eigenthümer ist zur cautio pro praeterito verpflichtet, weil das praeteritum nicht zur Cognition des Richters gehört? Dies wäre ja offenbar widersprechend! Wollte man aber auch (was jedoch nicht möglich ist) der Lesart der Florentina folgen, so würde doch immer Trebatius auf der einen, Alfenus, Labeo und Neratius auf der andern Seite stehen. Hieraus ersieht man, daß (wie auch ganz begreiflich) die Sache unter den römischen Juristen controvers war, aber Ulpian entscheidet sich für die, auch noch in zwei andere Pandectenstellen aufgenommene Ansicht des Neratius. Diese ist daher, wie auch Cropp mit Recht annimmt, als die entscheidende anzusehen. — Endlich:

3) berufen sich die Gegner auch noch auf die Grundsätze der cautio de damno infecto. „Wo diese ausdrücklich bestellt sey, da hafte der Cavent nur für solchen Schaden, der durch die fehlerhafte Beschaffenheit der Sache, nicht aber für einen solchen, der durch höhere Gewalt zugefügt werde, so daß, wenn z. B. wegen eines Gebäudes die gedachte Caution bestellt sey und von demselben Ziegel herabfielen, welche dem Nachbarn Schaden zufügten, der Eigenthümer diesen Schaden nur dann zu ersetzen habe, wenn die Ziegel nicht gehörig befestigt gewesen seyen, nicht

aber auch dann, wenn die Gewalt des Windes, die auch andere feste Gebäude zerstörte, sie herabgeworfen habe [12]). Nun könne man doch aber ohne eine Caution geleistet zu haben, nicht zu mehr verpflichtet werden, als mit derselben." Allein dieser anscheinend schlagende Einwand dürfte sich gleichfalls, und zwar auf folgende Weise beseitigen lassen. Bei Gebäuden und sonstigen von Menschenhänden errichteten künstlichen Werken, die zusammenstürzen, kann man allerdings unterscheiden, ob der Einsturz seinen Grund in reinen Naturkräften, oder in einer fehlerhaften Beschaffenheit des Werks (vitium operis) hatte. Allein man nehme eine Ueberschwemmung, die Alles was ihr in den Weg kommt, bewegliche und unbewegliche Sachen, Häuser, Bäume, Schiffe, Stücke Landes u. s. w. mit sich fortreißt, wie kann man darauf jene Unterscheidung anwenden? In einzelnen Fällen, namentlich wenn die Ueberschwemmung vorherzusehen war, und das Wasser allmählig steigt, kann man zwar wohl sagen: wäre dieser oder jener Eigenthümer vorsichtiger gewesen, und hätte er seinen Floß oder seinen Nachen angebunden, so wäre des Nachbarn Grund und Boden verschont geblieben. Allein selbst in diesem Falle hat die Fürsorge ihre natürlichen Grenzen, indem der Eigenthümer z. B. nicht seine Bäume, Häuser, Mauern u. s. w. vor Einsturz bewahren kann, und daher der beschädigte Nachbar das Unglück mit ihm zu tragen hat. Man nehme gar eine plötzlich eintretende große Ueberschwemmung, wo das Wasser so rasch steigt, daß an Rettung und Fürsorge nicht gedacht werden kann! Hier befinden wir uns auf dem Gebiete der reinen Naturkräfte (vis major), wie bei einem Erdbeben, welches das Haus des A auf des Nachbarn B Boden stürzt. Wenn daher auch bei Gebäuden und andern künstlichen Werken, die von Menschenhänden errichtet sind, als Grund des Einsturzes zwischen vitium operis und vis major unterschieden werden kann, so fällt doch hier diese Unterscheidung weg, und daher kann man nicht schließen, was beim Einsturz von Gebäuden gilt, muß eben deshalb auch von der vis fluminis gelten.

---

12) L. 24. §. 3. 4. 9. L. 45. pr. D. h. t.

Ganz anders, aber wie es scheint, nicht auf die richtige Weise, wird in der angeführten Abhandlung von Cropp jenem Einwande der Gegner begegnet. „Unser Fall, heißt es dort (S. 420.), gehört gar nicht in die Lehre des Edicts von der cautio damni infecti, weil das Edict sich nur auf einen künftigen Schaden bezieht, und den Caventen zum vollen Schadensersatze verpflichtet, worauf derselbe mit einer Klage (actio ex stipulatu) belangt werden kann; und da spricht denn offenbar die Billigkeit dafür, daß eine solche Verpflichtung nur dann angenommen wird, wenn den Eigenthümer ein, wenn auch noch so entfernter Vorwurf bei der Sache trifft. In unserem Falle hingegen ist die Verpflichtung des Eigenthümers eine viel geringere, indem er sich durch Dereliction der Sache von dem Schadensersatze befreien kann. Zudem kann der Anspruch nicht klagend, sondern nur durch eine Einrede, nämlich die Einrede der Retention, gegen ihn geltend gemacht werden. Man kann daher nicht sagen, daß man ohne Caution zu mehr verpflichtet ist als mit derselben, und die hier in Frage stehende Verpflichtung besteht ausser und neben der gedachten Caution."

Allein darin scheinen die Gegner viel consequenter, daß sie unsern Fall mit der cautio de damno infecto in Verbindung bringen. Ulpian handelt von demselben grade bei dieser Lehre. Nachdem er unmittelbar vorher von der Erweiterung des Edicts durch die Doctrin für den Fall, daß das Gebäude vor der Cautionsleistung eingestürzt und auf des Nachbarn Boden gefallen ist (wo es sich mithin nicht um ein damnum infectum, sondern factum handelt), gesprochen hat, knüpft er hieran die weitere Frage: de his autem quae vi fluminis importata sunt, an interdictum dari possit, quaeritur, theilt sodann die Ansichten von Trebatius, Alfenus und Labeo mit, und entscheidet sich endlich mit Neratius, wie bei Gebäuden, für die cautio pro praeterito. Ist diese geleistet, so kann dann der Nachbar mit einer Klage (actio ex stipulatu) grade so vollen Ersatz erlangen, wie in dem ersten Falle. Soll endlich, wie Cropp meint, es die Billigkeit erfordern, daß der Eigenthümer des Gebäudes nicht für den casus hafte, so fragt man mit Recht: ist

es denn billig, daß der Eigenthümer bei der vis fluminis für diesen casus haftet?

Fassen wir jetzt das Resultat unserer bisherigen Untersuchungen zusammen, so geht dieses dahin: das jus civile anerkennt keine unmittelbare Verpflichtung zur Entschädigung bei Schadenszufügungen durch leblose Gegenstände des Eigenthums. Allein das prätorische Edict für sich und in seiner weiteren Fortbildung durch die Doctrin hat für gewisse Fälle einen mittelbaren Entschädigungs-Zwang eingeführt, und durch diesen Umweg das Prinzip des jus civile gewahrt. Eine solche mittelbare Pflicht zur Entschädigung finden wir auch bei der noxa und pauperies ausgesprochen, auf welche wir daher jetzt übergehen.

§. 12.

Den zweiten Fall bilden nämlich Schadenszufügungen durch lebendige Gegenstände der vernunftlosen Natur (durch Thiere), worüber die Sätze sowohl im Allgemeinen als im Einzelnen sehr bestritten sind. Was der eine mit Rücksicht auf das System des römischen Rechts über casus überhaupt, für eine Ausnahme hält, erhebt ein anderer gar zur Regel! Man kann indeß diese so sehr bestrittene Lehre nicht wohl aus dem Zusammenhange reißen, worin sie nach römischem Rechte mit der noxae deditio des Sklaven, und die letztere wiederum mit der noxae deditio des Hanssohnes steht, daher denn der Inhalt dieses Paragraphen weiter geht als die Ueberschrift des §. 11. Die Bestimmung des römischen Rechts, daß der Eigenthümer eines Sklaven und Thiers wegen der durch dieselben verübten Beschädigungen belangt werden, sich aber durch Uebergabe des verletzenden Gegenstandes (corpus delicti) von der Klage befreien kann, ist ein bekannter Rechtssatz, und erwägt man dabei, daß in den ältesten Zeiten die patria potestas auf gleicher Stufe mit der potestas des Herren über den Sklaven stand, so erklärt sich daraus, daß auch die Kinder gleich den Sklaven noxae gegeben werden konnten. Die noxae datio der Hauskinder war noch zu

Papinians und Paulus Zeiten geltendes Recht, wurde jedoch später immer seltener und verschwand zuletzt ganz, so daß Justinian, indem er sie ausdrücklich abschaffte, nur ein schon längst unpractisch gewordenes Institut aufhob. In Ansehung der Sklaven und Thiere blieb es dagegen nach Justinianischem Rechte beim Alten[1]). Allein der Grund worauf das Haften des Eigenthümers für seinen Sklaven, beziehungsweise für sein Thier beruht, ist von jeher sehr bestritten gewesen, und da von der Erkenntniß des wahren Grundes die Würdigung des Prinzips der Imputation auf dem Gebiete des römischen Civilrechts abhängt, so ist es nöthig die verschiedenen hierüber aufgestellten Ansichten einer kurzen Kritik zu unterwerfen.

Einige, wie z. B. Hübner, Höpfner, Hommel, Diedeman[2]), und schon vorher Pufendorf[3]), berufen sich auf den Grundsatz, „daß wer einen Sklaven oder ein Thier besitze, allen Nutzen davon ziehe, also auch die Beschwerlichkeiten (incommoda) derselben übernehmen, folglich auch den Schaden ersetzen müsse, der durch sie angestiftet werde. So wie aber jeder Eigenthümer seine Sache derelinquiren könne, wenn sie ihm mehr Schaden als Nutzen bringe, so habe auch der Eigenthümer eines Sklaven und eines Thiers diese Befugniß, und hierauf beruhe die noxae datio derselben, wodurch sich ihr Eigenthümer von dem Ersatze des durch sie angestifteten Schadens befreien könne." Allein diese Erklärung genügt auf keine Weise[4]). Denn theils haftet der Eigenthümer des Thiers ja nicht für alle, sondern nur für naturwidrige Verletzungen desselben; theils ist der Begriff des incommodum hier ganz unanwendbar, weil mit dem Besitze eines Sklaven und eines Thiers nicht nothwendig Schadenszufügungen verbunden sind; theils endlich wird durch die all-

1) Zimmern, röm. Rechtsgeschichte, Thl. 1. S. 703.

2) S. die Litt. bei Zimmern: das System der röm. Noxalklagen, S. 18.

3) De off. hom. et civis I. 6. §. 12.

4) Zimmern a. a. O. S. 19. Thibaut Versuche, Thl. 2. S. 195.

gemeine Befugniß sein Eigenthum zu derelinquiren noch keineswegs die Befugniß erwiesen, dasselbe zu einer Zeit zu derelinquiren, wo man nach dem Grundsatze: **qui habet commoda rei etc.** für dasselbe zu haften hatte, wozu endlich noch kommt, daß es sich hier nicht um eine bloße Dereliction, sondern um eine Uebertragung des Sklaven, beziehungsweise des Thiers zu Eigenthum handelt, und der Grundsatz: **noxa caput sequitur** auf diese Weise ganz unerklärlich ist.

Hasse[5]) hat eine andere Erklärung versucht. Er geht mit dem römischen Rechte von dem Grundsatze aus, „daß ausserhalb des Obligationsnexus Niemand zu einer positiven Thätigkeit zum Vortheil Anderer verpflichtet sey, mithin Niemand für Unterlassungshandlungen zu haften habe. Doch habe man um Stadt- und Ortfriedens willen Ausnahmen von dieser Regel zulassen müssen. So sey es billig von Jedermann zu verlangen, daß er bis auf einen gewissen Grad auf seine Sachen Aufsicht führe, damit sie Andern nicht gefährlich werden, und daraus fließe die Verantwortlichkeit des Eigenthümers für naturwidrige Beschädigungen seiner Thiere, während dies bei Sklaven unbedingt gelte, weil man sich vor ihren Delicten nicht anders schützen könne, als wenn der Herr sie in Zucht zu halten genöthigt sey. Da man aber in jedem einzelnen Falle nicht untersuchen könne, ob er dies gehörig gethan habe, so habe man hier durchgreifen müssen, und wie bei den Quasi-Delicten eine **culpa** gleichsam im Hintergrunde vorausgesetzt."

Dieser Argumentation steht am nächsten die Art und Weise, wie Thibaut[6]) den Unterschied des römischen Rechts zwischen naturgemäßen und naturwidrigen Verletzungen der Thiere zu erklären sucht, und die auch von Andern, z. B. Glück[7]), gebilligt ist. „Wer, sagt Thibaut, ein Thier besitzt, welches **contra naturam** zu schaden pflegt, sollte es abschaffen oder verwahren,

5) Lehre von der Culpa. S. 18 f.
6) Versuche, Bd. 2. Nr. 8.
7) Commentar, Thl. 10. S. 289.

weil Niemand bei einer Rencontre auf dergleichen vorbereitet ist. Thut er es nicht, so ist er im Zweifel **in culpa**. So kann der rohe Verstand zu den Zeiten der 12 Tafeln sehr wohl raisonnirt haben, weil das dringende Bedürfniß und das uncultivirte Billigkeitsgefühl schon von selbst darauf führen mußten. Dieser wahrscheinliche Grund paßt aber nicht auf das **damnum secundum naturam datum**. Wenn daher ein zahmes Thier durch Abweiden oder Wegfressen, oder auf sonstige Weise **secundum naturam** ohne des Eigenthümers Schuld schadete, so wird nicht leicht Jemand sagen, daß der Eigenthümer dafür auf irgend eine Art zu haften habe. Eben so wenn ein Pferd ungereizt stürzt oder stolpert und dadurch einen Vorübergehenden beschädigt. Auch wilde reißende Thiere schaden stets **secundum naturam**, folglich braucht der Eigenthümer den ohne sein Verschulden durch sie verursachten Schaden nicht zu ersetzen. Vor wilden Thieren muß sich jeder in Acht nehmen, daß er ihnen nicht zu nahe kommt. Thut er es dennoch, so ist er selbst an seinem Schaden Schuld. Bei zahmen Thieren, welche **contra naturam** schaden, kann dagegen Niemand auf dergleichen vorbereitet seyn. Z. B. ich gehe über die Gasse, ein Hund fällt mich an und zerreißt mir die Kleider, ein Pferd beißt oder schlägt mich, u. s. w. In diesen Fällen wird das Gefühl eines Jeden gegen den Eigenthümer seyn. Daher soll er das schädliche Thier dem Verletzten Preis geben, wobei ihm jedoch zu seinem Vortheil frei steht, sich durch Entschädigung von dieser natürlichen Verbindlichkeit zu befreien."

Diese beiden Theorieen von Thibaut und Hasse kommen darin mit einander überein, daß sie das Haften des Eigenthümers des Sklaven und des Thiers für Schadenszufügungen aus einer **quasi culpa** desselben ableiten, und wenn letzteres der Fall ist, so muß man zugeben, daß die **noxa** und **pauperies** mit dem Imputations-Prinzipe des römischen Rechts, wonach die Verpflichtung zur Entschädigung durch Zurechenbarkeit der Handlung bedingt ist, auf's Beste harmonirt, und daher mag es sich auch wohl erklären, daß diese Ansicht früher sehr verbreitet war. Denn wer wollte nicht gerne exorbitant scheinende Rechtssätze auf allgemeine

Grundsätze zurückführen, und dem römischen Rechte den Ruhm der Consequenz lassen?

Zimmern[8]) hat freilich dagegen eingewendet, daß nach der Theorie von Hasse das: noxa caput nocentis sequitur, und die Strenge, womit das römische Recht dieses Prinzip durchführe, ganz unerklärliche Erscheinungen seyn würden; daß danach eben so wenig zu begreifen sey, weshalb die Klage aufhöre, wenn der Sklave todt und das Thier seiner natürlichen Wildheit wiedergegeben sey. Ferner: daß die römischen Juristen nicht nur nirgend von einer fingirten culpa des Eigenthümers sprächen, wie dies bei den wirklichen Quasi-Delicten (unter Berufung auf besondere polizeiliche Gründe, die eine solche Ausnahme rechtfertigten) der Fall sey, sondern daß sogar mehrere Stellen entschieden dagegen sprächen, daß die Noralklagen auf einer präsumirten culpa des Eigenthümers beruhten, und daß am wenigsten an dieselbe zu denken sey, wenn die Noralklage gegen den dritten Besitzer des Sklaven oder Thiers angestellt werde. Was insbesondere noch die Ansicht von Thibaut betreffe, so habe der rohe Verstand zur Zeit der 12 Tafeln allerdings auf die angegebene Weise argumentiren können, allein es sey höchst unwahrscheinlich, daß schon die 12 Tafeln jene Unterscheidung zwischen naturgemäßen und naturwidrigen Verletzungen der Thiere aufgestellt hätten, indem sie vielmehr auf der Doctrin beruhe oder durch Interpretation der römischen Juristen entstanden sey. Endlich auch könne man eben so wenig behaupten, daß es immer möglich sey, sich vor naturgemäßen Verletzungen fremder Thiere zu schützen, als man umgekehrt dem Herrn bei jeder naturwidrigen Verletzung seines Thiers einen Vorwurf machen könne.

Zimmern[9]) sucht daher die Noralklagen auf eine andere Weise, d. h. ohne fingirte Verschuldung des Eigenthümers, mit den Grundsätzen des römischen Rechts über die Zurechnung in Einklang zu bringen. Seine Grundgedanken sind folgende. Im Alterthum ging man von der allgemeinen Ansicht aus, daß nicht

8) Noralklagen, S. 22 — 36. S. 80 f. S. 281 f.

9) Noralklagen, S. 36 f. Röm. Rechtsg. Thl. 1. §. 191.

blos freien vernünftigen Wesen, sondern auch Unfreien und Thieren, ja selbst leblosen Gegenständen der Natur, der durch sie angestiftete Schaden zu imputiren sey. Da indeß Sklaven und Sachen der Persönlichkeit entbehren, so kann sich der Kläger nicht unmittelbar an sie halten, sondern muß sich an ihren natürlichen Schutzherrn, den Eigenthümer, wenden. Diesen trifft mithin die Klage nicht wegen eigener Verschuldung, sondern als nothwendigen Repräsentanten, oder gezwungenen Defensor des selbst einstehenden caput nocens. Eben deshalb aber weil die res nocens selbst zu haften hat, ist der Eigenthümer nicht verpflichtet, an ihrer Statt den Schaden zu vergüten, wenn das Urtheil zu Gunsten des Klägers ausfällt, sondern dies ist die Pflicht der Sache selbst. Indeß erfordert es auch hier ihre Unselbstständigkeit, daß der Eigenthümer an ihrer Statt thätig werde, und dies geschieht dadurch, daß er sie als zahlungsunfähig dem Kläger überläßt, so daß der Sklave oder das Thier durch seinen Leib büßt, wo anderer Ersatz nicht möglich ist, wie nach den 12 Tafeln auch der insolvente Schuldner dem Gläubiger als Eigenthum zufiel. Doch mußte es dabei begreiflicherweise dem Eigenthümer frei stehen, des Klägers Ansprüche auf Ersatz und Privatstrafe zu befriedigen, und dadurch sein Eigenthum zu erhalten. Insofern hat der Eigenthümer die Wahl zwischen der noxae datio und der litis aestimatio, und man kann daher nicht behaupten, daß (wie gewöhnlich angenommen wird) die noxae datio als eine besondere Begünstigung anzusehen ist.

Diese Deduction, bemerkt Zimmern, erklärt alle in dieser Lehre vorkommenden Eigenthümlichkeiten auf eine ganz ungezwungene Weise. Vorerst erklärt sich daraus, daß es bei den Noralklagen nur darauf ankommt, wer zur Zeit der Klage Eigenthümer ist. Denn noxa caput sequitur d. h. die Schuld klebt dem verletzenden Subjecte selbst, sey es Sclave oder Thier, an, und danach trifft die Klage jeden, der zur Zeit wo sie angestellt wird, Eigenthümer (Repräsentant) des caput nocens ist. Daraus erklärt sich ferner, daß der Manumittirte für die während der Sklaverei begangenen Delicte selbst zu haften hat, und gleicher-

weise auch die Hauskinder nach erlangter Selbstständigkeit. Daher erklärt es sich endlich, daß mit dem Untergange des Sklaven oder des Thiers, von dem der Schade geschehen war, auch keine Klage mehr möglich ist. Denn wer sollte nun zur Verantwortung gezogen werden, da ja nicht einmal die aus Delicten der Freien entspringenden Klagen vor der Litiscontestation auf die Erben übergehen? Kurz, der Delinquent lebt nicht mehr, und damit muß auch die Noralklage aufhören.

Daß die Römer die Grundsätze von der Imputation auch auf Sklaven und Thiere anwandten, fährt Zimmern fort, geht namentlich daraus hervor, daß der Sklave nicht wegen aller, sondern nur wegen solcher verletzenden Handlungen zu haften hat, wegen welcher er als Freier selbst hätte belangt werden können, also mit Ausschluß der casuellen Verletzungen (§. 5.). Diesen Unterschied zwischen casuellen und freien Handlungen wandten die Römer analog auch auf Thiere an. Was nämlich bei den Sklaven imputable Delicte sind, das sind bei den Thieren ihre Unarten und Tücken, ihre naturwidrige Wildheit; und was dort casus ist, dafür muß hier alles gelten, was ein Thier instinctmäßig, also seiner Natur gemäß ausübt. Darauf gründet sich der Unterschied zwischen Verletzungen contra naturam und secundum naturam sui generis. So wie aber bei den Sklaven viele Noralklagen möglich sind, z. B. actio legis Aquiliae noxalis, actio furti noxalis, actio injuriarum noxalis u. s. w., weil Sklaven auf verschiedene Weise delinquiren können, so ist bei Thieren nur Eine Noralklage, die actio de pauperie, möglich. Auch ist die actio noxalis, als die Befriedigung einer Forderung durch den Leib dessen, dem es an Selbstständigkeit zu anderen Befriedigungen fehlt, bei Sklaven nur auf delicta privata beschränkt. Bei criminibus kann der Sklave dieselbe Strafe wie jeder Freie erdulden, und daher ist der Herr kein gezwungener Defensor desselben, sondern er kann ihn nur wenn er will, vertreten.

Diese Deduction zeichnet sich in der That durch großen Scharfsinn und große Feinheit aus. Nach ihr befinden wir uns

hier ganz auf dem Gebiete der Zurechnung, und wenn gleich bei Thieren nicht einmal von einem Analogon der Zurechnungsfähigkeit, wovon die römischen Gesetze sprechen *), die Rede seyn kann, so dürfen wir doch nicht ausser Acht lassen, daß das Alterthum in dieser Beziehung von andern Grundsätzen als die Gegenwart ausging. Namentlich ergiebt sich aus dieser Deduction, daß die Verpflichtung des Eigenthümers zur Entschädigung (litis aestimatio), wie dies schon die allgemeinen Grundsätze des römischen Rechts über Schadensersatz (§. 5 f.) mit sich bringen, keine ursprüngliche oder unmittelbare, sondern nur eine mittelbare oder abgeleitete ist. An sich ist nämlich der Herr nur zur Auslieferung des caput nocens verpflichtet. Will er sich aber nicht dazu verstehen, so muß er dem Verletzten die noxae datio durch vollständige Entschädigung abkaufen. Er macht dann gewissermaaßen die fremde Schuld zu der seinigen, und muß für die Uebernahme derselben vollständigen Ersatz leisten. Die Entschädigung des Verletzten ist mithin nicht Folge der Verletzung des Sklaven oder des Thiers, sondern nur Folge der Verweigerung der noxae datio, wenn dem Eigenthümer das caput nocens zu theuer ist, um es dem Verletzten auszuliefern.

Allein es fragt sich, ob nicht grade von dieser Seite her der Ansicht von Zimmern gegründete Einwendungen entgegengesetzt werden können. Namentlich heißt es in §. 1. J. h. t. (4. 9.): animalium nomine .... noxalis actio lege 12 tabularum

*) Am deutlichsten tritt dieses Analogon in der bekannten L. 1. §. 11. D. si quadr. (9. 1.) hervor: cum arietes vel boves commisissent et alter alterum occidit, Quintus Mucius distinxit, ut si quidem is perisset qui aggressus erat, cessaret actio; si is qui non provocaverat, competeret actio. Quamobrem cum sibi aut noxam sarcire, aut in noxam dedere oportere. Einen noch sonderbareren (aber freilich imaginären) Fall trägt Lullus vor, und entscheidet ihn auf die sonderbarste Weise. Vgl. Savigny Gesch. des röm. Rechts im Mittelalter, Bd. 5. S. 566. — Der Fall der L. 1. ad cit. kommt übrigens auch in den mittelalterlichen Rechtsbüchern (§. 19. 26.) vor.

prodita est; quae animalia, si noxae dedantur, proficiunt reo ad liberationem, quia ita lex 12 tab. scripta est. Hiernach hat es den Anschein, als ob die Verbindlichkeit zum Schadensersatze die ursprüngliche sey, d. h. unmittelbar und zunächst aus der Verletzung entspringe, von welcher sich jedoch der Eigenthümer durch die noxae datio befreien kann (proficit ad liberationem). Damit übereinstimmend heißt es in §. 4. J. de nox. act. (4. 8.): Summa autem ratione permissum est noxae deditione defungi. Namque erat iniquum nequitiam eorum ultra ipsorum corpora dominis damnosum esse; Worte, die mit einigen Abänderungen aus Gajus Lib. 4. §. 75. entlehnt sind. Auch hier ist das defungi in dem nämlichen Sinne wie oben zu nehmen, und die noxae datio scheint hiernach auf bloßer aequitas zu beruhen; wie denn auch Ulpian in L. 17 pr. D. de nox. act. (9. 4.) sagt, daß man (um mich der eigenen Worte Zimmern's[10]) zu bedienen) durch Hingabe des Schlechten und wenig Werthen — etiam vilissimi hominis deditione — einer großen Verbindlichkeit ledig werden könne. Gleicherweise sagt Gajus in L. 1 pr. D. de nox. act. (9. 4.) von den actiones noxales: quarum actionum vis ac potestas haec est, ut si damnati fuerimus, liceat nobis deditione ipsius corporis, quod deliquerit, evitare litis aestimationem. Auch nach Ulpian in L 1 pr. D. si quadr. (9. 1.) scheint die Verbindlichkeit des Eigenthümers zur Ersatzleistung nicht eine derivative, sondern eine ursprüngliche, und zwar mit der noxae datio alternativ concurrirende Verbindlichkeit zu seyn. Denn Ulpian giebt die Bestimmung der 12 Tafeln dahin an: aut dari (id) quod nocuit, id est, id animal quod noxiam commisit, aut aestimationem noxiae offerre, da man doch nach dem Obigen vielmehr die Worte: aut, si nolet, aestimationem etc. erwarten sollte. Ja Gothofredus hat aus dieser Stelle den Text der 12 Tafeln so restituirt: si quadrupes pauperiem fecerit, dominus noxae aestimationem offerto,

10) Noxalklagen. S. 22. Anm.

si noluit, quod nocuit dato, wogegen freilich von Anderen Restitutionen im entgegengesetzten Sinne versucht sind. Sie sind sämmtlich in Dirksen's Zwölf-Tafel-Fragmenten S. 536 — 38. zusammengestellt, haben aber für die Entscheidung unserer Streitfrage natürlich keinen Werth. Auch nach Paulus R. S. Lib. 1. Tit. 15. §. 1. scheint die Verpflichtung des Eigenthümers zur Entschädigung eine ursprüngliche, mit der noxae datio alternativ concurrirende, mithin keine blos mittelbare Verbindlichkeit zu seyn. Denn es heißt dort: in dominum actio datur ut aut damni aestimationem subeat, aut quadrupedem dedat. Hiernach würde sich das Verhältniß ganz anders herausstellen. Der Eigenthümer des Sklaven und des Thiers wäre danach ursprünglich zur Entschädigung verpflichtet, aber er kann sich durch noxae deditio von dieser Verbindlichkeit befreien, und will er von dieser Rechtswohlthat keinen Gebrauch machen, so bleibt es natürlich bei der Entschädigung. Dies will freilich Zimmern[11]) nicht zugeben. Er betrachtet die noxae datio nicht als eine Begünstigung, sondern als die ursprüngliche alleinige Verpflichtung, und seiner Theorie nach allerdings der Consequenz gemäß, allein ohne daß er dabei die geltend gemachten Zweifelsgründe irgend berücksichtigt hat. Ja es wird sogar von vielen in Zweifel gestellt, ob überhaupt der Kläger die noxae datio habe verlangen dürfen[12]). Nach einer früheren Ansicht von Zimmern[13]) soll die Klage auf litis aestimatio, oder im Weigerungsfalle auf noxae datio gerichtet gewesen seyn. Da dies aber seiner eignen Theorie widerspricht, so hat er später[14]) die Ansicht aufgestellt: bei dem noxale judicium scheine die intentio auf propter eum dare oportere (L. 42. §. 1. D. de nox. act.) gegangen, die condemnatio dagegen alternativ con-

11) Noxalklagen, S. 38.

12) Höpfner, Commentar, §. 1163. 1164. Glück, Comment. Thl. 10. S. 293.

13) Noxalklagen, S. 156.

14) Rechtsgesch. a. a. O. S. 699. Anm. 3.

cipirt worden zu seyn (§. 1. J. de off. judic. (4. 17.) L. 6. §. 1. D. de re jud. 42. 1.), und selbst die judicati actio scheine nur auf litis aestimatio gegangen zu seyn, weil nach L. 6. §. 1. D. cit. noxae deditio in solutione est, quae e lege tribuitur. So bleiben denn auch in dieser Beziehung noch manche Zweifel übrig.

Auf der anderen Seite sprechen freilich wichtige Zeugnisse dafür, daß die noxae datio die ursprüngliche, und die litis aestimatio nur die abgeleitete Verbindlichkeit war. Ob die Bestimmung der 12 Tafeln aus dem griechischen Rechte geschöpft sey, wie Zimmern früher als gewiß [15]), später [16]) als wahrscheinlich oder möglich annahm, mag dahin gestellt bleiben. Jedenfalls aber sprechen die 12 Tafeln nur die im Alterthume überhaupt bestandene Ansicht aus, und in dieser Beziehung sind alle klaren und bestimmten Zeugnisse aus dem Alterthume von entschiedenem Werthe. Zu diesen gehört eine von Zimmern übersehene Stelle des Plato de legib. 9. 15. p. 366. ed. Ast, wo derselbe ausdrücklich sagt: wenn ein Sklave einen Freien verletzt, so soll ihn der Eigenthümer dem Verletzten herausgeben, damit dieser mit ihm anfange was ihm beliebt; will er es aber nicht, so soll er den Schaden, den der Sklave angestiftet hat, ersetzen (ἐὰν δὲ μὴ παραδιδῶ, αὐτὸς τὴν βλάβην ἐξιασθω). In einer späteren Stelle drückt sich freilich Plato (de legib. Lib. 11. cap. 14. p. 448.) weniger bestimmt so aus: der Herr des Sklaven hat entweder Schadenersatz zu leisten, oder den Sklaven dem Verletzten herauszugeben. Allein damit will er im Allgemeinen nur aussprechen, daß der Herr die Wahl zwischen dem einen oder dem andern habe, und damit ist sehr wohl vereinbar, daß die noxae datio die ursprüngliche, und die litis aestimatio nur die abgeleitete Verbindlichkeit ist. Auch die obigen Stellen des Paulus und Ulpianus u. s. w. kann man auf eine ganz ungezwungene Weise so interpretiren, und da-

15) Noralklagen, S. 93.
16) Rechtsgesch. S. 700.

her mag man die 12 Tafeln so oder anders restituiren, so relevirt es in der Hauptsache nichts. Hiezu kommt noch, daß mehrere Stellen des römischen Rechts auf unzweifelhafte Weise die noxae datio als die ursprüngliche und unmittelbare Verbindlichkeit darstellen. So z. B. sagt Ulpian in L. 2 pr. D. h. t. (9. 4.): nec enim debuit ex maleficio servi in plus teneri quam ut noxae eum dedat, und gleicherweise Paulus in L. 2. D. de eo per quem (2. 10.): Sabinus ait noxale judicium dandum, nec factum servi domino obesse debere nisi hactenus ut ipso careat. Hieraus ergiebt sich, daß die Pflicht zur Entschädigung nur in Folge der Verweigerung der noxae datio eintreten kann, und auch Justinian findet es in den oben angeführten Stellen ganz vernünftig und billig, daß man sich der Ansprache des Verletzten durch die Uebergabe des caput nocens entziehen könne. Dafür spricht ferner, daß nach L. 1. §. 15. D. si quadr. (9. 2.) die Verpflichtung zur noxae datio in eine Verbindlichkeit zur Ersatzleistung übergeht, wenn der Beklagte fälschlich läugnet, daß ihm das verletzende Thier gehöre; daß nach L. 1. §. 13. D. eod. der Tod des Thiers vor der Litiscontestation alle Ansprüche des Verletzten aufhebt, und nach L. 42. §. 1. D. de nox. act. (9. 4.) die Noralklagen auf Herausgabe des caput nocens gerichtet sind. Auch kann man hieher ziehen die oben (§. 10.) berührte Controverse zwischen Paulus in L. 26. §. 7. D. mand. (17. 1.) und Africanus in L. 61. §. 5. D. de furt. (47. 2.) indem Africanus in dem gegebenen Falle aus Gründen der Billigkeit die noxae datio zu einer eigentlichen Entschädigungspflicht erweitern will. Endlich kann man noch die ganze Ansicht des Alterthums dafür geltend machen, daß die Verpflichtung des Eigenthümers keine andere war, als das caput nocens auszuliefern, wenn er es nicht vorzog die Schuld selbst zu tilgen. Man hat jedoch diese Ansicht des Alterthums auf eine verschiedene Weise aufgefaßt.

Namentlich hat Dirksen[17]) die Idee von Zimmern, daß

17) Civilist. Abhandl. Bd. 1. S. 104.

das caput nocens als selbst haftend anzusehen, und aus diesem Grunde vom Eigenthümer, als dessen gezwungenem Vertreter, auszuliefern sey, seltsam gefunden, indem er meint, daß Alles durch den Gesichtspunct der Privatrache erklärt werde, wobei er sich namentlich auf die in den ältesten Zeiten üblichen Auslieferungen von Feinden, Geißeln u. s. w. zum Zweck der Ausübung der Privatrache beruft [18]). Dies hat wiederum Zimmern [19]) seltsam gefunden, allein offenbar übersehen, daß sich für Dirksen's Ansicht in der That Vieles sagen läßt, wenn man nur nicht grade ausschließlich die Privatrache im Auge hat, sondern im Allgemeinen von der Idee ausgeht: das caput nocens soll dem Verletzten übergeben werden, damit dieser sich an ihm für den Schaden erhole, mag er es nun — was in seiner Willkür steht — tödten oder züchtigen, oder zu nutzbaren Zwecken verwenden, genug, daß es auf die eine oder andere Weise den Schaden abbüßt. Diese Idee spricht Plato in der angeführten Stelle de leg. 9. cap. 15. (vgl. mit cap. 17 a. E.) deutlich genug aus. Der Sklave, sagt er, soll dem Verletzten übergeben werden, damit dieser mit ihm anfange was ihm beliebt (χρῆσθαι ὅτι ἂν ἐθελῃ); und so kommt dieser Satz theils in Beziehung auf Sklaven, theils mit Rücksicht auf gewisse von Freien verübte Verbrechen auch in den altgermanischen Volksrechten vor. So z. B. heißt es in der lex Visigoth. 6. 5. cap. 12.: Ipsi vero, qui homicidium fecisse confessi sunt, aut pro homicidio puniantur, aut occisorum parentibus vel propinquis tradantur, ut quod de eis facere voluerint habeant potestatem. Ebendaselbst 6. 2. cap. 2.:... ejus potestati tradendus est ille qui dedit (poculum veneni), ut de eo quod facere voluerit, sui sit incunctanter arbitrii. Ferner: Lex Burg. 12. 2.:... ut faciendi de eo quod ipsi maluerint habeant; woraus sich zugleich ergiebt, wie nahe

18) a. a. O. S. 102. Vgl. auch Abegg, Unters. aus dem Gebiete der Strafrechtsw. S. 133 f.

19) Rechtsgesch. a. a. O. S. 699. Anm. 2.

die Verbindung zwischen der Auslieferung (deditio) und der noxae datio auch nach altgermanischem Rechte ist[20]). Der Gedanke das caput nocens dem Verletzten auszuliefern, damit dieser sich auf beliebige Weise an ihm für den Schaden erhole, dürfte mithin ganz im Geiste der 12 Tafeln, aus welchen die noxae datio stammt, gelegen seyn, und auch die eigenthümlichen Grundsätze derselben, wie z. B. daß noxa caput sequitur, und daß mit dem Tode des Thiers oder Sklaven vor der Litiscontestation das noxale judicium erlischt, erklären sich auf diese Art ganz ungezwungen. Durch die Verletzung ist nämlich das caput nocens dem Verletzten von Rechtswegen verfallen, daher muß ihm auch der dritte Besitzer desselben weichen, und daher hört mit dem Tode des caput nocens das ganze Recht des Verletzten auf. Zwar meint Zimmern, daß eine Rache an Thieren doch seltsam sey. Allein es gehört in der That nicht zu den Seltenheiten, daß sich der Mensch im Zorne auch an Thieren, ja selbst an leblosen Gegenständen, die ihn in Schaden gebracht haben, vergreift *), und wenn auch die im Alterthum übliche Bestrafung von Thieren und Sachen zum Theil mit dem Sühnungsprinzipe zusammenhängt, so steht sie doch auf der anderen Seite auch mit dem Prinzipe der Rache, welches das älteste Strafrecht beseelte, in Verbindung. So z. B. rächte sich nach Herodot 1. 189. Cyrus an dem Gyges wegen eines von demselben verschlungenen Rosses, und Xerxes übte nach Herodot 7. 35. seinen Zorn an dem Meere durch Peitschen desselben aus. So wurden im Mittelalter Ratten, Mäuse, Heuschrecken u. s. w. förmlich in den geistlichen Bann gethan[21]), und, bemerkt Göthe[22]), „während man früher die Thiere excommunicirte, so erhalten sie noch jetzt in Rom am St. Antonstage das Weihwasser, indem der heilige Anton der Patron der Thiere ist“. So kommen im 15. und

---

20) Abegg a. a. O. S. 257 f.

*) Feder, vom menschl. Willen. Thl. 1. S. 145.

21) Grolman, Bibl. für peinl. Rechtsw. Bd. 1. Heft 1. S. 395 f. Lichtenberg, verm. Schriften. Thl. 4. S. 474 – 81.

22) Werke, Bd. 27. S. 256.

16. Jahrhunderte viele Beispiele von Hinrichtungen von Ochsen und Schweinen vor, und noch im J. 1741 wurde in Poitou einer Kuh der Proceß gemacht [23]). Selbst die Lastthiere, mit denen Jungfrauen entführt waren, wurden nicht verschont [24]). Privatrache an Thieren kann daher für das Alterthum keinen Anstoß geben. Indeß handelt es sich hier nicht allein und ausschließlich um Privatrache, sondern der Verletzte soll sich für den Schaden an dem Thiere erholen, und das mag er auf die eine oder andere Weise thun! Eben so unerheblich ist auch der Einwand von Zimmern, daß grade bei den publicis criminibus, „wo man sich eher zu rächen geneigt seyn mochte", keine noxae datio Statt gefunden habe, sondern nur bei delictis privatis. Denn bei delictis publicis wird die Strafe im öffentlichen Interesse, im Interesse der Gesammtheit, genommen, und damit ist die Privatrache unvereinbar. Ferner können Sklaven Entschädigung und Privatstrafen nicht prästiren, aber einer öffentlichen Strafe sind sie wie jeder Freie fähig [25]).

Man mag nun die noxae datio auf die eine oder andere Weise auffassen, so ist sie jedenfalls von der eigentlichen Entschädigung verschieden. Sie beruht auf eigenthümlichen Ansichten des Alterthums und steht in dieser Beziehung mit dem Prinzipe der Imputation nicht in Widerspruch, ja sie kann, wie Zimmern nachgewiesen hat, sogar in vollen Einklang mit demselben gebracht werden. Sie bildet den Gegensatz gegen die litis aestimatio, und die letztere tritt immer nur mittelbar, d. h. nur in Folge der Verweigerung der noxae datio, oder auch zur Strafe ein. So können wir die Resultate der bisherigen Untersuchung kurz zusammenfassen.

---

23) N. Archiv des Cr.-Rechts, Bd. 10. S. 172. Krit. Zeitschrift für Gesetzg. des Ausl. Bd. 3. S. 480. Matthaeus de crim. Proleg. cap. 2. Berriat Saint-Prix in der Themis ou Bibliotheque du Jurisconsulte. Vol. 1. Livr 2. Nr. 8.

24) N. Archiv des Crim. Rechts. Bd. 4. S. 562. Anm.

25) L. 12. D. de accusat (48. 2.). L. 4. C. de nox. act. (5. 41.). L. 2. C. de accus. (9. 2.).

§. 13.

4. Rückblick auf das System des römischen Rechts und Prüfung desselben.

Nach der Darstellung der einzelnen Fälle, in welchen das Prinzip der Zurechnung auf dem Gebiete des römischen Civilrechts zur Sprache kommt, dürfte es, um einen Ueberblick über das Ganze zu gewinnen, nicht ungeeignet seyn, die Entscheidungen des römischen Rechts in Kürze zusammenzustellen und hieran eine Beurtheilung derselben zu knüpfen, um von vorne herein darauf hingewiesen zu werden, ob von dem entgegengesetzten Systeme des deutschen Rechts und den Ansichten der neueren Legislationen Besseres oder Schlechteres zu erwarten sey.

Nach römischem Rechte sind der reiperseentorische Zwang aus Delicten, der Vindications-Zwang und der Vertheidigungs-Zwang nicht durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt (§. 4.).

Was hingegen die casuellen Verletzungen aus unzurechnungsfähigen Handlungen freier Wesen, sowohl in als ausser dem Obligationsnexus betrifft, der Thäter mochte absolut oder nur relativ unzurechnungsfähig seyn, so fällt in allen diesen Fällen die Verpflichtung zur Entschädigung schlechthin weg (§. 5—6.).

Bei casuellen Verletzungen im Obligationsnexus, die ihren Grund entweder in fremder widerrechtlicher Thätigkeit, oder in bloßen Naturkräften unabhängig von menschlicher Willkür haben, wird der Schuldner, wenn der Gegenstand der Leistung eine certa species ist, sowohl bei ein- als zweiseitigen Verträgen durch den casus völlig befreiet (§. 7—8.). Die Gegenleistung aber kann er bei zweiseitigen Verträgen nicht unbedingt in Anspruch nehmen, beziehungsweise behalten, sondern hier unterscheidet das römische Recht, ob bei der obligatio faciendi sich der casus in der Person des Promittenten oder des Acceptanten ereignete, und bei der obligatio dandi, ob die Uebertragung der Sache nur zum Gebrauche oder zu Eigenthum geschieht, und der Vertrag ein genannter oder ungenannter ist (§. 9.).

Ferner stellt das römische Recht im Obligationsnexus den

Grundsatz auf, daß auch bei unentgeltlichen Verträgen derjenige, welcher den alleinigen Vortheil von dem Geschäfte hat, dem Contrahenten keinen Ersatz für die bei der Ausführung des Geschäfts erlittenen casuellen Verletzungen zu leisten hat (§. 10.).

Endlich bei Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus durch Thiere oder leblose Sachen tritt eine Pflicht zur Entschädigung entweder niemals oder nur mittelbar ein. Bei naturgemäßen Beschädigungen durch Thiere fällt sie stets und unbedingt weg, bei naturwidrigen Beschädigungen tritt sie nur dann ein, wenn entweder der Eigenthümer die noxae datio verweigert, oder als Strafe wegen dolosen Läugnens (§. 12.). Bei Verletzungen durch leblose Sachen kann, wenn die Schaden bringende Sache auf fremden Grund und Boden gefallen ist, der Eigenthümer des letzteren das jus retentionis ausüben, und braucht die Sache nur gegen vollständige Entschädigung zu restituiren. Auch giebt es ein Mittel, um sich in dieser Beziehung schon zum Voraus zu sichern, nämlich die cautio de damno infecto (§. 11.).

Dies ist das System des römischen Rechts, zu dessen Prüfung wir jetzt übergehen wollen, da dasselbe wie bei den betreffenden einzelnen Fällen nachgewiesen wurde, eine sehr verschiedene Beurtheilung gefunden hat. Denn was als Regel und was als Ausnahme zu betrachten, was für gerecht und billig, oder für ungerecht und unbillig zu halten sey, darüber sind die Stimmen im Einzelnen getheilt. Prüfen wir es daher erst im Ganzen, und gehen dann zur Beurtheilung der einzelnen Fälle und der Art ihrer Unterscheidung über.

Das römische Recht geht von dem Grundgedanken aus, daß das Haften für Verletzungen, sie seyen in oder ausser dem Obligationsnexus zugefügt, durch Zurechenbarkeit der verletzenden Handlung bedingt sey. Es ist mithin das Prinzip des Strafrechts, welches auch auf dem Gebiete des Civilrechts die Regel bildet, und dies scheint auch, wenn man insbesondere den Entschädigungs-Zwang ins Auge faßt, ganz der Consequenz gemäß zu seyn. Zwar sind Strafe (man denke sich darunter eine öffentliche oder eine bloße Privatstrafe) und Schadensersatz Begriffe, die wesentlich von einander verschieden sind, und daher von den Strafrechtslehrern

contradictorisch einander entgegengesetzt werden [1]). Allein objectiv betrachtet beruhen sie doch auf dem nämlichen Grunde, d. h. sie haben ein und dasselbe factische Fundament, nämlich eine rechts- oder gesetzwidrige Handlung, und können daher auch rücksichtlich der subjectiven Bedingung ihrer Zulässigkeit — der Zurechnungsfähigkeit des Uebertreters — einander gleich gestellt werden. Der Schadensersatz reicht freilich über das Gebiet der Strafe, und zwar weit hinaus, indem die Strafe eine verbrecherische, für bürgerlich strafbar erklärte Handlung voraussetzt, wogegen der Schadensersatz sich auf jedes imputable Unrecht, es mag strafbar oder nicht strafbar seyn, bezieht. Allein beide, Strafe und Schadensersatz, können nicht nur, sondern pflegen sogar regelmäßig bei strafbaren Handlungen zusammenzutreffen — nicht blos bei delictis publicis, sondern auch privatis, indem die Strafe überhaupt, sie sey öffentliche oder Privatstrafe, die Forderung auf Entschädigung nicht ausschließt; und in dieser Beziehung würde es doch auffallend seyn, den Thäter als nicht zurechnungsfähig mit der Strafe zu verschonen, ihn hingegen rücksichtlich der Entschädigung für schuldig zu erklären, und daher zum Ersatze des Schadens zu verurtheilen. Man nehme nun gar die actiones mixtae, d. h. Klagen, die zugleich reipersecutorische und Pönalklagen sind, wie z. B. die actio de vi bonorum raptorum. Wie würde hier eine verschiedenartige Beurtheilung der Strafe und des Schadensersatzes auch nur möglich seyn?

Ueberhaupt ist es der subjective Maaßstab der Beurtheilung menschlicher Handlungen, welcher dem römischen Civil- und Strafrechte auf eine unverkennbar vorherrschende Weise zum Grunde liegt, und daher auch als Maaßstab für die Beurtheilung der römischen Theorie von der Entschädigung dient. Vermöge dieses vorherrschenden subjectiven Gesichtspuncts sind z. B. auf dem Gebiete des Civilrechts vorsätzliche Uebertretungen aus moralisch nicht

---

1) Feuerbach, Revis.-des peinl. Rechts, Thl. 1. S. 68 f. Kleinschrod, Abhandl. aus dem peinl. Rechte und Proc. Thl. 3. Abthl. 2. Nr. 14 — 16.

bösen, oder gar an sich edlen und lobenswerthen Motiven, wie z. B. aus Mitleiden oder Mitgefühl, von dem Begriffe des dolus (bösen Vorsatzes) ausgeschlossen, und werden zur culpa (freilich lata) gezählt [2]). Vermöge dessen macht das römische Recht bei criminibus ordinariis regelmäßig keinen Unterschied zwischen dem vollendeten und bloß versuchten Verbrechen, weder dem Begriffe noch der Strafe nach. Ja es kommt bei den Römern nicht einmal ein technischer Ausdruck für das, was wir versuchtes Verbrechen nennen, vor. Sie gingen davon aus, daß nicht der mehr oder minder zufällige Erfolg, sondern die durch die äussere Handlung geoffenbarte Rechtswidrigkeit der Gesinnung strafbar sey, und daher waren die mehrsten leges (Volksschlüsse) so abgefaßt, daß unter ihre Strafsanktion gleichmäßig das vollendete und das bloß versuchte Verbrechen fielen. Daher heißt es z. B. in L. 14. D. de ad leg. Com. de sicar. (48. 8.): in maleficiis voluntas spectatur, non exitus. So bei Jul. Victor ars rhetor. cap. 6. §. 5. ed. Mai: non exitu sed conatu male facta existimantur, und bei Paulus rec. sent. 5. 23. §. 9.: consilium uniuscujusque, non factum puniendum est. Selbst aus römischen Dichtern und prosaischen Schriftstellern hat Gothofredus [3]) eine Reihe ähnlicher Sentenzen zusammengestellt [4]). Ja die Römer sind in der Consequenz gar so weit gegangen, daß sie, wenigstens bei den schwersten criminibus ordinariis, selbst Vorbereitungen zu einem bestimmten Verbrechen, welche die Ernstlichkeit der Ausführung nicht bezweifeln lassen, und in jedem Augenblicke zur Verübung des beabsichteten Verbrechens benutzt werden können, wie z. B. das Ankaufen von Gift zum Zweck des parricidium, das ambulare cum telo hominis interficiendi furtive

2) L. 7 pr. D. depositi (16. 3.). L. 7. §. 7. D. de dolo (4. 3.). L. 8. §. 10. D. mand. (17. 1.).

3) ad Cod. Theodos. L. 9. Tit. 25. Const. 2.

4) Luden, vom versuchten Verbrechen. Kap. 2. und Zachariä vom vers. Verbrechen, §. 64 f., haben das röm. Recht in dieser Lehre mit vieler Gründlichkeit behandelt.

faciendi causa, das Anschaffen von Waffenvorräthen zu verbrecherischen Zwecken u. s. w., der gleichen Strafe mit dem vollendeten Verbrechen unterwerfen, weil die Rechtswidrigkeit des Willens auch hier vor Augen liegt, und die Anwendung der zur Ausführung des Verbrechens bereit gehaltenen Mittel mehr vom Zufall als vom Willen abhängt [5]). So dürften die Römer hier argumentirt haben, und der Beweis, den Luden [6]) dagegen aus dem Geiste des römischen Accusationsprocesses geführt hat, daß nämlich solche Handlungen an sich nicht zur Strafbarkeit genügt hätten, sondern daß dazu noch (wie sich der Code pénal ausdrückt) ein Anfang der Ausführung des Verbrechens habe hinzukommen müssen, scheint eben so sehr dem Buchstaben als dem Geiste des römischen Rechts zu widerstreiten [7]). Auch in Ansehung der Gehülfen (socii) verhält es sich auf ähnliche Weise [8]). Zwischen ihnen und dem Urheber des Verbrechens findet nach der Fassung der mehrsten leges kein Unterschied rücksichtlich der Strafbarkeit Statt, weil ihre geringere äussere Thätigkeit zur Hervorbringung des Verbrechens durch die von ihnen kundgegebene Rechtswidrigkeit der Gesinnung überwogen wird, und wenn gleich der Entschluß zum Verbrechen nicht von ihnen ausging, sie doch durch den zugesicherten Beistand den Urheber in seinem verbrecherischen Vorhaben bestärkten. Gleicherweise sprechen der Tit. D. und Cod. de receptatoribus das Prinzip aus: Verhehler der Verbrechen sollen den Verbrechern gleich gestraft werden, wenn sie nicht deren Verwandte sind.

Bei dem auf solche Weise im römischen Strafrechte vorherrschenden subjectiven (moralischen) Gesichtspuncte wird man es um

---

5) L. 1. D. ad leg. Pomp. (48. 9.). L. 1 pr. D. ad leg. Corn. (48. 8.). L. 1. D. ad leg. Jul. (48. 6.). L. 5. C. ad leg. Jul. maj. (9. 8.).

6) a. a. O. S. 81 f. S. 269. 276.

7) Vgl. Zachariä a. a. O. §. 115.

8) Archiv des Crim.-Rechts, Bd. 3. S. 417 f. Roßhirt, Crim.-Recht §. 33. Wächter Lehrb. Thl. 1. S. 145—46.

so begreiflicher finden, daß derselbe auch in der Lehre vom Schadensersatze das leitende Prinzip geworden ist. Ja man sollte glauben, daß das römische Recht darin noch einen Schritt weiter hätte gehen sollen. Wenn es nämlich, wie von neueren Psychologen behauptet wird, Grade der Zurechnung giebt, und die volle Zurechnung die Bedingung der vollen Strafe ist, warum sollte dieses Prinzip nicht auch auf die Lehre vom Schadensersatze angewendet, und damit der s. g. Milderungsgrund ex capite impeditae libertatis [9]) auch hier eingeführt werden? Nach der richtigen Ansicht giebt es freilich keine Grade der Zurechnung, weil weder Grade der sittlichen Freiheit, als absolutes Vermögen gedacht, noch Grade der Willkür oder empirischen Freiheit gedacht werden können, sondern das was man so nennt, sind nur subjective Zumessungsgründe zurechenbarer Handlungen, indem man die Größe der Schuld mit dem Begriffe der Imputation verwechselte [10]). Allein dessen ungeachtet fragt es sich noch immer, ob nicht die Römer die Grundsätze von der Größe der Schuld, wodurch in subjectiver Hinsicht das Maaß der Strafe bestimmt wird, consequenterweise auch auf die Lehre von der Entschädigung hätten anwenden sollen? Darin behandelt nämlich das römische Recht Strafe und Schadensersatz nach entgegengesetzten Grundsätzen. Nach der lex Aquilia ist derjenige, welcher culpa levissima, wie derjenige, welcher durch Arglist (dolus) einen Andern in Schaden brachte, z. B. durch Anzündung seines Gebäudes, zu einem der Summe nach gleich großen Ersatze verpflichtet, und daran hat man seither so wenig Anstoß genommen, daß man es vielmehr für ganz natürlich gehalten hat, weil auf dem

9) Feuerbach, Lehrb. des peinl. Rechts §. 100. Nr. 2.

10) Clarus, Beiträge zur Erkenntniß zweifelhafter Seelenzustände. S. 3 — 59. Feuerbach, actenm. Darstellung merkwürd. Verb. Thl. 2. S. 340. Weber, psych. Anthropologie S. 286., und im Archiv des Crim.-Rechts Bd. 10. S. 442. Jarke Handb. Thl. 1. S. 123 f. und in Hitzig's Zeitschrift für preuß. Crim.-Rechtspflege Bd. 3. S. 130 f.

Gebiete des Civilrechts und des Civilprocesses nur der materielle Schade (die objective Seite der verletzenden Handlung) in Betracht komme, daher es denn hier so wenig Milderungs- wie Schärfungsgründe, noch den Conat einer Rechtsverletzung geben könne (§. 2.). Allein sollte dieses vom Standpuncte der Imputation so unbedingt behauptet werden können? Versteht man unter der versuchten Verletzung eine solche, die gar keinen Schaden zur Folge gehabt hat (was aber nach strafrechtlichen Grundsätzen nicht richtig ist, indem theilweise Verletzungen von dem Begriffe des Conats nicht ausgeschlossen sind), so muß man freilich zugeben, daß dieselbe von dem Gebiete des Civilrechts ausgeschlossen ist, weil die Schadenszufügung die Bedingung der Entschädigung ist. Denn „entschädigen" kommt von „schaden" her, und wer noch gar nicht beschädigt ist, wenn er gleich nach der Absicht des Handelnden beschädigt werden sollte, oder ohne dieselbe nach Naturgesetzen leicht beschädigt werden konnte, kann sich über eine Schadenszufügung nicht beschweren. Es fehlt hier mithin an dem Objecte der Klage. Gleicherweise kann es, da die Entschädigung ein Aequivalent oder Surrogat für das ist, was uns durch die rechtswidrige Handlung des Andern entzogen ist, mit Rücksicht auf den animus des Thäters (z. B. wenn derselbe einen ungewöhnlichen Grad der Bosheit zeigte, oder entgegenstehende physische oder psychische Hindernisse überwand, um zu seinem rechtswidrigen Zwecke zu gelangen) keine Schärfungsgründe geben. Denn durch den erhöhten Grad des dolus wird die Natur der Entschädigung, als eines Aequivalents, wonach kein größerer Ersatz als nach Maaßgabe der Verletzung möglich ist, nicht geändert, obwohl z. B. mit Rücksicht auf die actiones arbitrariae und den Satz: lis infitiando crescit in duplum etwas den Schärfungsgründen Analoges auch hier vorkommt, welches zugleich ein treffliches (leider in Deutschland nicht zur Anwendung kommendes) Mittel zur Erschwerung chikaneuser Processe ist. Allein selbst abgesehen davon, folgt aus dem Allen wohl mit innerer Nothwendigkeit, daß es auf dem Gebiete der Entschädigung gar keine subjectiven Zumessungsgründe geben könne, oder mit andern Worten, daß das Maaß der

Entschädigung lediglich durch die objective Seite der That bestimmt werde? Es kommt hier vielmehr darauf an, auf welchen Standpunct wir uns stellen, um danach diese Frage verschieden zu beantworten. Auf dem Standpuncte des altgermanischen und mittelalterlichen deutschen Rechts kann es hier keine subjectiven Zumessungsgründe geben. Denn das deutsche Recht gründet die Ersatzpflicht nicht auf die Zurechenbarkeit der Handlung (die subjective Seite der That), sondern lediglich auf die Verletzung (die objective Seite der That), und wenn die Verschuldung hier überall nicht in Betracht kommt, so kann auch nicht von Graden der Verschuldung die Rede seyn. Allein nach römischem Rechte setzt die Ersatzpflicht das vereinte Daseyn der ob- und subjectiven Seite der That, d. h. Zurechenbarkeit und Schädlichkeit der Handlung voraus, und sind einmal beide Seiten der That, die innere und die äussere, für die Bedingung der Ersatzpflicht erklärt, so sollten sie consequenterweise auch den Maaßstab für den Grad oder die Größe derselben geben, mithin das Maaß des Ersatzes nicht lediglich durch die objective Seite der That bestimmt werden, wie dies ja auch auf dem Gebiete des Strafrechts der Fall ist. Hätte das römische Recht den Grundsatz ausgesprochen, daß, sofern es sich von einer und derselben in straf- und civilrechtlicher Hinsicht zu beurtheilenden Verletzung handle, der Grad der Verschuldung zugleich das Maaß der Strafe und des Schadensersatzes bestimme, und daß gleicherweise bei mehreren, z. B. culpa levissima und dolo verübten gleichartigen Handlungen die Größe des Ersatzes durch den größeren oder geringeren Grad der Verschuldung bestimmt werde, mithin derjenige, welcher culpa levissima das Haus eines Andern anzündete, einen geringeren Ersatz zu leisten habe als derjenige, welcher solches dolo malo that: so würden wir dieses Prinzip gewiß eben so natürlich, gerecht und billig gefunden haben, wie wir jetzt den entgegengesetzten Grundsatz natürlich finden. Ohnehin muß es sich ja der Verletzte gefallen lassen, daß er nicht nur in vielen Fällen gar keinen Ersatz bekommt, sondern daß er unter Umständen gar noch zur Gegenleistung verpflichtet ist, ungeachtet er keine Leistung erhalten hat.

Wie sollte er es sich daher nicht auch gefallen lassen müssen, mit Rücksicht auf den verminderten Grad der Verschuldung des Thäters sich mit einer verhältnißmäßig geringeren Ersatzsumme zu begnügen, ohne dabei dem Gesetz eine Inconsequenz vorwerfen zu können? Ferner wenn es, wie oben bemerkt wurde, inconsequent und widersprechend scheint, in Beziehung auf eine und dieselbe Handlung den Thäter wegen mangelnder Zurechnung für straflos, und gleichwohl für schuldig zu erklären den angestifteten Schaden zu ersetzen: so dürfte es in dem umgekehrten Falle, d. h. im Falle der Zurechenbarkeit der Handlung, dem gesunden Verstande (abgesehen natürlich von dem Eigennutze des Verletzten selbst) nicht minder inconsequent und widersprechend scheinen, ihn in der einen Beziehung für *mehr*, in der andern für *minder verschuldet* zu erklären. Er hat, setzen wir, objectiv betrachtet, ein sehr schweres Verbrechen begangen, wird jedoch wegen obwaltender bedeutender Milderungsgründe zu einer nur geringfügigen Strafe verurtheilt — aber den Ersatz soll er ohne Rücksicht auf seine verminderte Verschuldung vollständig, mithin grade so leisten, wie wenn er als grober Missethäter zur **poena ordinaria** des Gesetzes verurtheilt worden wäre! Oder man setze: er hat ein geringfügiges Delict, welches mit einer öffentlichen Geldstrafe belegt ist, begangen; diese wird in strafrechtlicher Beziehung etwa auf das Minimum herabgesetzt — aber die Geldsumme, die er zum Ersatze zu zahlen hat, ist sehr beträchtlich, und mindert sich ungeachtet der verminderten Verschuldung des Thäters verhältnißmäßig um nichts! Jenes, sagt man, fordert die Gerechtigkeit; wie sollte aber die Gerechtigkeit ohne sich zu widersprechen, letzteres fordern können? Gewiß, wenn das römische Recht die entgegengesetzte Ansicht ausgesprochen hätte, es würde uns nicht an Gründen zu ihrer Rechtfertigung gefehlt haben. Wir würden sie ohne Weiteres aus dem im römischen Rechte überhaupt vorherrschenden *subjectiven* oder moralischen Gesichtspuncte der Beurtheilung menschlicher Handlungen ableiten. Wir würden, wenn ein modernes System des Naturrechts in dieser Beziehung das römische Recht tadeln sollte, einfach (wie es ja auch jetzt viel geschieht) entgegnen, daß der

römischen Jurisprudenz die scharfe Grenzlinie zwischen dem Rechtsgesetze und dem Sittengesetze, wie sie das Naturrecht aufzustellen suche, fremd gewesen sey, und daß vielmehr die Irrigkeit der Ansicht die naturrechtlichen Systeme treffe.

Hiernach könnte man der, allerdings von manchen Naturrechtslehrern ausgesprochenen Ansicht seyn, daß das römische Recht dadurch, daß es die Zurechnungsfähigkeit für die Bedingung der Ersatzpflicht erkläre, sich über die Grenzen des Rechtsgebiets hinaus in das Gebiet der Moral verirrt habe; und da diese Frage einmal berührt ist, so dürften zur Charakteristik des römischen Rechts folgende Bemerkungen nicht am ungeeigneten Orte seyn.

Allerdings ist es wahr, daß das römische Recht keine so scharfe Grenzlinie zwischen dem Rechts- und dem Sittengesetze anerkennt, wie solche die Rechtsphilosophie, namentlich seit Kant und Fichte, zu begründen gesucht hat. Allein man würde doch sehr irren, wenn man glaubte, daß bei den Römern der rechtliche Gesichtspunct überall mit dem moralischen zusammenfalle. Vielmehr nehmen wir zwischen beiden eine bestimmte, scharf gezogene Grenzlinie wahr.

Wie alle Gesetzgebungen, so anerkennt das römische Recht in dem Verhältnisse aller Menschen zu allen nur eine allgemeine negative Verbindlichkeit, welche in der Formel: neminem laede ausgesprochen ist. Daher sind alle Pflichten des Menschen ursprünglich nur negative, d. h. in Unterlassungshandlungen bestehende [11]). Daher gibt es keinen Zwang auf Erfüllung der Liebes- oder Gewissenspflichten, weder durch Klagen (direct) noch durch Einreden (indirect), sondern das römische Recht schließt nur die condictio indebiti aus, wenn Jemand errore juris, d. h. aus Verwechselung einer moralischen mit einer juridischen Pflicht, etwas gezahlt hat, wozu er nicht juridisch, sondern nur moralisch verpflichtet war [12]). Daher setzt die Pflicht zu positiven Handlun-

11) L. 10. §. 1. D. de J. et J. (1. 1.). §. 3. Inst. eod. (1. 1.).

12) Thibaut, Versuche. Thl. 2. S. 138—51.

gen zum Vortheil eines Andern einen besonderen, durch Willkür bestimmten Rechtsgrund (Vertrag oder Delict, und was denselben gesetzlich gleichsteht) voraus [13]); und wenn dieser gegeben ist, so kommt dann das zweite praeceptum juris in der Formel: suum cuique tribue, oder wie Seneca sich ausdrückt: redde quod debes, zur Anwendung. Daher straft das römische Recht keine Unterlassungsverbrechen [14]), noch besteht im ausserobligatorischen Verhältnisse eine Pflicht zur Entschädigung aus Unterlassungshandlungen, mochte der dadurch gestiftete Schaden noch so beträchtlich gewesen seyn [15]). Daher unterliegt auch die Uebertretung der Pflichten des Menschen gegen sich selbst, z. B. durch Selbsttödtung oder Selbstverstümmelung, nicht dem bürgerlichen Strafzwange [16]). Daher anerkennt das römische Recht auch da, wo es aus dringenden Gründen eine Liebes- zu einer Zwangspflicht erhoben hat, die ursprüngliche Natur dieser Pflicht noch insofern an, als dem Verpflichteten (z. B. dem Vormunde) keine Belohnung für die Erfüllung derselben zukommt, weil er ja nur thut was er moralisch soll [17]). Daher gehören die inneren Handlungen des Menschen ohne die äussere That, nach dem Grundsatze: cogitationis poenam nemo patitur, oder: nec consilium habuisse noceat, nisi et factum sequutum sit, nicht in das Gebiet des Rechts, sondern

---

13) leg. not. 11. cit. Gajus 3. §. 88. Hasse, von der Culpa, §. 3. Schöman, vom Schadensersatz. 1. S. 75 f.

14) Spangenberg, im N. Arch. d. Crim.-Rechts. Bd. 4. S. 528 f. Meine Beiträge z. Hochverrath. Abh. 2. — Selbst die L. 5. C. ad leg. Jul. maj. macht keine Ausnahme hievon. Mittermaier, Note zu Feuerb. Lehrb. §. 170. Zirkler, vom Hochverrath. S. 231. Arch. des Cr.-Rechts. 1837. S. 390.

15) L. 13. §. 2. D. de usufr. (7. 1.). L. 7. §. 2. 7. L. 9. §. 1. L. 11. L. 49. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 2.). Hasse, a. a. O. §. 3. u. 4. Schöman, a. a. O. S. 45 f.

16) Wächter, im N. Arch. d. Cr.-Rechts. Bd. 10. S. 72 f. 216 f.

17) L. 6. §. 15. D. de excus. tut. (27. 1.). L. 1. §. ult. D. de mun. et hon. (50. 4.).

der Moral [18]); wogegen derjenige, welcher eine äussere verletzende Handlung begangen hat, dadurch nicht entschuldigt wird, daß die Handlung aus an sich edlen oder lobenswerthen Motiven hervorging [19]). Daher darf der Berechtigte selbst auf Kosten des Sittengesetzes sein Recht geltend machen, ohne z. B. zu einem billigen oder gütlichen Nachlasse gezwungen werden zu können. Denn: non omne quod licet honestum est, L. 187. D. de R. J. u. s. w.

Hieraus ergiebt sich jedenfalls, daß den Römern der Unterschied zwischen den juridischen und moralischen Pflichten, oder dem rechtlich- und dem moralisch-Möglichen sowohl im Allgemeinen wie im Einzelnen geläufig genug war; und wie könnte es überall eine gute bürgerliche Gesetzgebung ohne diese Trennung und diesen Gegensatz geben? Aber innerhalb dieser von den Römern anerkannten Grenzlinie zwischen dem Rechts- und dem Sittengesetze beurtheilten sie (was ihnen die Rechtsphilosophie häufig zum Vorwurfe macht) manche in das Rechtsgebiet gehörige Handlungen ausschließlich nach moralischen Grundsätzen, wie dies z. B. die oben angedeuteten Grundsätze des römischen Rechts über die Bestrafung des conatus delinquendi, der Beihülfe und der Begünstigung ergeben. Dahin soll denn auch nach der Ansicht Mancher die Anwendung des Prinzips der Imputation auf die Lehre vom Schadensersatz gehören. Allein die Frage: ob das römische Recht sich in dieser Beziehung in das Gebiet der Moral verirrt habe, kann für jetzt nur angedeutet werden. Die Betrachtung des deutschen Rechts, der neueren Legislationen, und der verschiedenen naturrechtlichen Systeme, welche selbst in legislativer Hinsicht von Einfluß geworden sind, wird uns später auf diese Frage zurückführen. Im Allgemeinen kann man über das römische Recht nur den Ausspruch thun, daß es die obersten Grundsätze

18) L. 53. §. 2. L. 225. D. de V. S. L. 18. D. de poenis (48. 19.). Feuerbach, Lehrb. §. 32. Nr. 1. Thibaut, Pandect. §. 248. ed. 7. L. 3. D. de his qui not. inf. (3. 2.).

19) Leg. not. 2. cit. L. 54. §. 1. D. de furt. (47. 2.).

des Rechts, im Gegensatze der Moral, nicht immer mit voller Consequenz auf alle einzelnen Verhältnisse durchgeführt hat [20]).

Werfen wir schließlich noch einen Blick auf die einzelnen Bestimmungen des römischen Rechts über die Zwangsrechte und das Prinzip der Imputation; und nehmen dabei den gesunden Verstand zum Maaßstabe ihrer Beurtheilung! In dieser Beziehung wird:

1) der Satz des römischen Rechts, daß einige Arten der Zwangsrechte, nämlich der Restitutions- und der Vertheidigungs-Zwang, nicht durch die Zurechnungsfähigkeit des Beleidigers bedingt sind, Jedermann einleuchtend scheinen. Der Nicht-Eigenthümer muß einmal dem Eigenthümer weichen; und von diesem Grundsatze kann es zu Gunsten unzurechnungsfähiger Subjecte keine Ausnahme geben. Man nimmt ihnen nur, was ihnen nicht gehört, und darüber können sie auf keine Weise sich beschwert erachten. Gleicherweise steht das Recht der Vertheidigung dem Menschen unzweifelhaft gegen Naturkräfte überhaupt zu, wie sollte es ihm daher nicht auch gegen Menschen zustehen, die nach Gesetzen der thierischen Natur handeln? Was hingegen:

2) die Bestimmungen des römischen Rechts über den Entschädigungs-Zwang aus Verletzungen in und ausser dem Obligationsnerus betrifft, so dürften dieselben dem gesunden Verstande nicht so durchgehends einleuchtend seyn, und auch die Ausleger des römischen Rechts haben sich darüber auf verschiedene Weise ausgesprochen. Namentlich:

a) tadeln es Manche, daß das römische Recht keine Ersatzpflicht aus unzurechnungsfähigen Handlungen freier Wesen anerkenne (§. 5.), wie solches doch das deutsche Recht und einige neuere Legislationen thun. Ferner:

b) hält man es vielfach für ungerecht, daß der Acceptant in gewissen Fällen das **periculum** in der Art tragen solle, daß er ohne erhaltene Leistung sogar zur Gegenleistung verpflichtet sey, beziehungsweise dieselbe nicht wieder zurückfordern dürfe; so wie:

---

20) Thibaut, Vers. Thl. 1. S. 140.

c) daß selbst bei den unentgeltlichen oder so genannten Freundschaftsverträgen der Grundsatz: **casus a nemine praestantur** ohne alle Restriction zur Anwendung komme. Endlich:

d) hat man auch das Retentionsrecht an leblosen Sachen, und die Verpflichtung zur **noxae datio** oder zum Schadensersatze bei naturwidrigen Beschädigungen der Thiere vielfach für eben so unvernünftig, als dem Grundprinzipe des römischen Rechts widerstreitend erklärt.

Bei diesen gegen das römische Recht so vielfach ausgesprochenen Vorwürfen der Härte und Inconsequenz wird es um so interessanter seyn, die zum Theil entgegengesetzten Bestimmungen des altgermanischen und mittelalterlichen deutschen Rechts mit dem Systeme des römischen Rechts zu vergleichen. Auf diese gehen wir jetzt in derselben Ordnung, wie solche bei dem römischen Rechte befolgt wurde, über.

Zweites Kapitel.

Das deutsche Recht.

§. 14.

1. Verletzungen aus unzurechnungsfähigen Handlungen freier Wesen.

Wir haben hier, wie oben (§. 5), zwei Fälle zu unterscheiden, den ersten der *absoluten*, den zweiten der *relativen* Unzurechnungsfähigkeit des Thäters, und gleich hier tritt der Gegensatz zwischen dem römischen und deutschen Rechte auf eine sehr bezeichnende Weise hervor. Denn während jenes an der Verletzung mehr die *subjective* Seite der That hervorhebt, faßt das germanische Recht dieselbe mehr von ihrer *objectiven* Seite auf, und diese Ansicht erhielt sich durch das ganze Mittelalter hindurch, obwohl sie hin und wieder, und zwar schon frühzeitig [1]), der Ane-

1) Man vgl. z. B. Friedr. 2. Const. Regni Sicili. Lib. 3. Tit. 56. bei Canciani T. 1. p. 574. und Lib. 1. Tit. 13 daf. S. 308.

torität des römischen Rechts weichen mußte. Es würde indeß eine irrige Ansicht seyn, wenn man behaupten wollte, daß bei Rechtsverletzungen das römische Recht nur die subjective, und das germanische Recht nur die objective Seite der That berücksichtigt habe. Denn in der Lehre vom Schadensersatze hebt das römische Recht, wie dargethan wurde, vielmehr beide Seiten der That, die äussere und die innere, zugleich hervor, und auch das deutsche Recht schließt keineswegs die subjective Seite der That völlig aus, wie schon die gleichfolgende Unterscheidung desselben zwischen Strafe und Schadensersatz ergeben wird. Man kann daher nur von abweichenden Haupttendenzen beider Gesetzgebungen reden [2]). — Wir haben hier zu unterscheiden:

I. Verletzungen durch absolut unzurechnungsfähige Subjecte, z. B. Wahnsinnige oder Kinder. Für diese Fälle stellen die altgermanischen Volksrechte den Grundsatz auf, daß der Thäter zur compositio verpflichtet sey, hingegen das fredum nicht zu zahlen brauche. Denn da dergleichen Handlungen sich nicht zur Selbstrache eigneten, noch den Charakter eines Friedenbruchs hatten, so fiel damit das fredum als Schutz gegen die Rache und als Buße für den gebrochenen Frieden von selbst weg. So z. B. heißt es in der Lex Frision. Add. Tit. 3. §. 70.: Similiter et puer, qui nondum duodecim annos habet, si cuilibet vulnus intulerit, in simplo componat. Gleicherweise wird in der Lex Salica Tit. 28. §. 6. gesagt, daß ein Kind, welches vor dem zwölften Jahre einen Schaden anstifte, zur Geldbuße an den Verletzten, jedoch ohne fredum, verpflichtet sey; und so kommen auch in andern Verhältnissen, wie z. B. bei Verletzungen durch Thiere und leblose Gegenstände des Eigenthums, Compositionen ohne fredum vor [3]).

---

2) Abegg, Unters. aus dem Gebiete des Strafrechts. S. 239. Anm. 198.

3) Henke, Gesch. des deutschen Strafrechts, Thl. 1. S. 25—26. Grimm, deutsche Rechtsalterth. Thl. 2. S. 656. Abegg

Diese Ansicht erhielt sich durch das ganze Mittelalter hindurch, wie folgende hauptsächlich aus Tönsen[4]) entlehnte Stellen ergeben.

Vorerst spricht der Sachsenspiegel Buch 2. Art. 65. den Satz aus, daß wenn ein Kind binnen seinen Jahren einen Mann erschlage, oder ihm sonst Schaden thue, der Vormund den Schaden aus dem Gute des Kindes ersetzen solle. Eine peinliche Strafe tritt dagegen weder bei Kindern noch gemüthskranken Personen ein (Buch 3. Art. 3.), und zugleich wird vorausgesetzt, daß der Vormund nicht in Schuld sey. Denn ist dieses der Fall, so hat er den Schaden zu ersetzen (Buch 2. Art. 38.). Dabei bemerkt die Glosse zum Art. 65. cit.: „Dies vernimm von jungen Kindern, die noch keinen Witz und Bescheidenheit haben; denn kein Vormund darf vor das antworten, das ohne seine Schuld durch das Kind misgethan wird." Ferner: „darum man auch der Kinder und der Thoren Schaden gelten soll, ob sie ihn gleich ohne Willen oder Vorsatz gethan hätten."

Gleicherweise verfügt das Jütische Lowbuch Lib. 2. Cap. 50.: qui nondum decimam quintam aetatis hyemem exegit, ei tantum, contra quem commisit, satisfacit, non regi nec episcopo, praeterquam in causa homicidii. Dazu bemerkt die Blüting'sche Glosse: „Ein solcher Knabe bessert nur dem, dem er Schaden gethan hat. Denn weil er ein Minderjähriger ist, dem die Rechte wegen der kindlichen Jugend viel zu Gute halten und dem Unverstande zurechnen, wie andern Unwitzigen, Albernen und Thoren, so büßet er weder dem König noch dem Bischoff."

Auch der Richtsteig Landrecht 1. Kap. 37. ermächtigt den Vormund eines Kindes oder Wahnsinnigen, den Schadensersatz, den er für sie erlegt hat, durch ihre Arbeit abverdienen zu lassen.

---

a. a. O. S. 245. Anm. v. Woringen, Beiträge zur Gesch. des deutschen Strafrechts, 1. S. 101 f.

4) Das allgemeine positive Privatrecht. S. 230 f.

Nach Hagen Adelsteens Gulathingslow (Landslowbalk Kap. 11.) soll der Schaden, den ein Unmündiger oder das Vieh dem Gute eines Andern zufügt, auf dieselbe Weise erstattet werden.

Auch das alte Dithmarsische Landrecht vom J. 1447. Art. 105. (bei Westphalen monum. ined. T. 3. p. 1741.) spricht noch den Grundsatz aus, daß Verletzungen unzurechnungsfähiger Personen eine Verbindlichkeit zum Ersatz begründen. Es erhellt dies besonders aus der Vergleichung des Art. 105. cit. mit dem correspondirenden Art. 94. des jetzigen Dithm. Landr. v. J. 1567., worin die Verfasser dieser Revision (Graf Ranzau und der Gottorp'sche Kanzler Thraziger) das entgegenstehende Prinzip des römischen Rechts zur Anwendung brachten [5]). Noch früher ist in den Constit. regni Siculi Kais. Friedr. 2. Lib. 1. Tit. 13. (bei Canciani Thl. 1. S. 308.) das germanische Prinzip durch das römische Recht (divorum parentum nostrorum statuta) verdrängt worden, wobei sich der Kaiser ausdrücklich der Worte des römischen Rechts bedient: Infans etiam sine malignitate animi et furiosus, si hominem occiderit, non tenetur, cum alterum innocentia consilii, alterum infelicitas casus (fati) excusat [6]). Diese Worte beziehen sich nicht blos auf die Strafe, sondern auch auf den Schadensersatz, wie die unmittelbar vorhergehende Bestimmung über Verletzungen in rechter Nothwehr ergiebt. — Hieran schließen sich:

II. die Verletzungen durch relativ unzurechnungsfähige Subjecte. Auch hier sprechen die altgermanischen Volksrechte den nämlichen Grundsatz aus. So z. B. heißt es in der Lex Saxonum Tit. 12. cap. 5.: Si ferrum casu elapsum hominem percussit, ab eo, cujus manum fugerat, componatur, excepta faida (d. h. eine Strafe an den Richter soll nicht geleistet werden). Lex Angl. et Verin. Tit. 10. §. 8.:

5) Tönsen a. a. O. S. 234—35.

6) L. 12. D. ad leg. Corn. de sicar. (48. 8.). Vgl. oben S. 3.

Qui nolens, sed casu quolibet hominem vulneraverit vel occiderit, compositionem legitimam absolvat. Lex Rothar. 389.: Si quis hominem liberum nolendo occiderit, componat sicut appretiatus fuerit, et faida non requiratur eo quod nolendo occiderit. Lex Frision. Add. Tit. 3. §. 69.: Si homo quislibet telum manu tenens et ipsum casu quolibet inciderit super alium extra voluntatem ejus qui illud manu tenet, in simplo juxta qualitatem vulneris componatur. Vgl. auſſerdem Leg. Roth. 75., Lex Longob. 1. 9. §. 17. u. ſ. w.

Dieſes Haften für den casus im auſſerobligatoriſchen Verhältniſſe ſucht Heineccius[7]) auf folgende Weiſe zu erklären: Imo, si dicendum, quod res est, non tam casum poenae subesse Germani voluerunt, quam culpam qualemcunque, etiam levissimam. Vix enim adeo solo casu homo dat damnum ut non vel negligentia quaedam vel saltem factum laedentis concurrisse praesumatur, quod hunc ex ipsa lege aequitatis et humanitatis ad damnum sarciendum obliget; eine Anſicht, welche auch Thomaſius de larva leg. Aquil. actioni detracta §. 4. und Gärtner ad leg. Saxon. T. 12. p. 95. mit ihm theilen. Dabei beruft ſich Heineccius ſogar auf das römiſche Recht, welches dieſen Grundſatz wenigſtens in einzelnen Fällen anerkenne. Allein darin iſt er offenbar im Irrthum, indem er überſehen hat, daß im römiſchen Rechte casus mitunter für culpa ſteht, oder mit andern Worten beides zugleich, ſowohl den verſchuldeten wie den unverſchuldeten Unglücksfall bezeichnet (§. 6.). Auſſerdem dürfte ſehr zu bezweifeln ſeyn, ob, wie Thomaſius, Heineccius und Gärtner annehmen, den altgermaniſchen Volkrechten das Prinzip der Verſchuldung auf die von ihnen angegebene Weiſe zum Grunde gelegen habe, da ja bei Verletzungen durch abſolut unzurechnungsfähige Subjecte, z. B. Kinder und Wahn-

7) Princ. jur. Germ. Lib. 2. P. 2. Tit. 21 §. 82. Anm.

sinnige, von diesem Prinzipe völlig abstrahirt wird. Man muß sich daher wohl für beide Fälle, nämlich für die absolute und die relative Unzurechnungsfähigkeit, nach einem gemeinsamen Grundgedanken umsehen, und dieser liegt auch sehr nahe, nämlich darin daß das altgermanische Recht bei Verletzungen, sofern es sich um Ersatzleistung für dieselben handelt (mithin im Gegensatze der Strafe) nur die materielle oder objective Seite der That berücksichtigte. Selbst die Strafe beruhte nicht sowohl auf dem Prinzipe der Imputation, als vielmehr auf der Qualität der verbrecherischen Handlung, indem nur solche Handlungen bestraft wurden, die sich nach der öffentlichen Meinung zur Rache eigneten, oder den Character eines Friedenbruchs hatten.

So bestimmt nun auch die altgermanischen Volksrechte sich über das Haften des Thäters für den casus äussern, so zweifelhaft ist es dagegen, ob auch der Sachsenspiegel Buch 2. Art. 38. dies anerkenne. Es heißt dort:

„Der Mann soll den Schaden, der andern Leuten durch seine Verwahrlosung geschieht, ersetzen, es sey durch Brand oder von einem Borne, den er nicht eines Knies hoch über der Erde bewirkt hat, oder ob er einen Menschen oder ein Vieh wirft, da er nach einem Vogel zielet. Darum aber vertheilet man ihm nicht seinen Leib noch seine Glieder, sondern er muß sie alsdann gelden, so hoch als dessen Wehrgeld steht."

Der Gegensatz zwischen Schadensersatz und Strafe ist hier klar ausgesprochen; eben so gewiß ist es, daß hier von nicht vorsätzlichen Verletzungen die Rede ist. Allein wie sind die Worte „durch seine Verwahrlosung geschieht" zu verstehen? Beschränken sie sich auf die Fälle der culpa im Sinne des römischen Rechts, oder machen sie nach der Bestimmung der alten Volksrechte zwischen culpa und casus fortuitus keinen Unterschied? Die Ausleger des Sachsenspiegels drücken sich hierüber nicht mit der gehörigen Bestimmtheit aus. Doch scheint die Glosse zum Art. 38. ed. Gärtner S. 256. bei unbeabsichteten Verletzungen zwischen culpa und casus nicht zu unterscheiden, indem sie von dem Satze ausgeht, daß wer bewahre was er zu

Recht bewahren solle, niemals eine Verletzung begehen könne, was mit andern Worten heißt, daß jede Verletzung dem Menschen imputirt werden könne. Allein diese Argumentation der Glosse darf man dem Sachsenspiegel wohl nicht unterlegen, wenn gleich auch Heineccius[8]) mit Rücksicht hierauf bemerkt: et videntur sane majores nostri existimasse non facile hujusmodi incidere casum, quocum non aliqua saltem hominis culpa vel socordia conjuncta fuerit; daher er denn die obige Stelle des Sachsenspiegels auch auf den casus fortuitus bezieht. Diese letztere Ansicht dürfte die richtige seyn, indem nur dann, wenn der Art. 38. zwischen verschuldeten und unverschuldeten Unglücksfällen unterschieden hätte, mit Grund angenommen werden könnte, daß er von der altgermanischen Ansicht habe abweichen wollen. Allein diese Unterscheidung findet sich nirgend im Art. 38. ausgesprochen, sondern derselbe bedient sich nur des unbestimmten Ausdrucks „Verwahrlosung", welcher seinem Wortverstande nach auf alle unbeabsichtete Verletzungen bezogen werden kann. Dies ist auch die Ansicht der Glosse, welche bemerkt:

„Verwarlosung ist so viel gesagt als daß einer ein Ding bewarens loß lässet. Und diese ist ein Ursach aller Verbrechung und Schadens. Dann wer bewaret was er zu Recht bewaren soll, bricht nimmer. Er sagt aber hie allein von solcher Verwarlosung, so ohne eines Willen geschiehet."

Eichhorn[9]) drückt sich hier eben so unbestimmt, wie der Art. 38. des Sachsenspiegels aus. Unter Berufung auf diesen und den Schwabenspiegel Art. 231. 237. sagt er nämlich, „daß jede widerrechtliche Handlung, durch welche ein Schaden entstehe, zum Ersatz verpflichte, gleichviel ob die Beschädigung absichtlich, oder durch Verwahrlosung geschehe." Legt man indeß den Nachdruck auf das Wort: jede (jede widerrechtliche Handlung), und verbindet man damit, daß Eichhorn an einer andern Stelle[10])

8) a. a. O. Tit. 18. §. 3. Not.

9) Deutsche Staats- und Rechtsgesch. Thl. 2. §. 378. u. Anm.

10) a. a. O. §. 71.

die Worte „Verschuldung und rechtswidrige Handlung“ auch auf casuelle Verletzungen bezieht, so dürfte er sich wohl auch hier im gleichen Sinne ausgesprochen haben. Auch Henke[11]) scheint unter Berufung auf die älteren Rechtsquellen — welche entschieden keinen Unterschied zwischen culposen und casuellen Körperverletzungen, rücksichtlich der compositio, anerkennen — die Worte des Art. 38: „da er einen Menschen schießt oder wirft, da er nach einem Vogel zielet, ... so muß er alsdann gelden, so hoch als dessen Wehrgeld steht“, auf alle unbeabsichtete, gleichviel ob verschuldete oder nicht verschuldete Körperverletzungen zu beziehen. Diesemnach würde der Art. 38. nur aussprechen, daß bei nicht gewollten Verletzungen keine Strafe an Leib und Gliedern, sondern nur, wie nach älterem Rechte, Ersatzpflicht eintrete. Bestätigt wird diese Ansicht noch insbesondere durch folgende Gründe:

1) dadurch, daß auch der Schwabenspiegel Art. 231 f. sich zu diesem Prinzipe bekennt. Er unterscheidet nämlich folgende Fälle:

a) Im Art. 231: wenn Jemand einen Vogel schießen will und trifft einen Menschen, und es geschieht dieses entweder auf einem Wege, wo regelmäßig Niemand zu gehen pflegt, oder nach vorgängigem Anrufen, ob Jemand da sey: so soll nach §. 4 ff. zwar keine Strafe eintreten, aber der Thäter doch dem Verletzten geben „was die höchste Buß ist um die Wunden, das sind zehen Pfund.“ Ferner „soll er den Freunden bessern als hievor (Kap. 105. 118. §. 6. 166. §. 2.) staet umb ein Wunden, die on läme ist.“ Hier ist der Grundsatz, daß der Thäter auch den casus zu vergüten habe, deutlich ausgesprochen. Denn er haftet für den Schaden selbst dann, wenn er von seiner Seite Alles gethan hat, um ihn zu verhüten.

b) Im Art. 232: Wenn einer einen Baum fället und einen Menschen trifft, und solches an einer Stelle im Walde geschieht, wo nicht leicht Jemand zu seyn pflegt, oder auf der Straße (Art. 233.) nach vorgängigem Rufen, so soll er nach §. 3 f.

11) Gesch. des peinl. Rechts. Thl. 1. S. 277.

Niemandem darum büßen. Dies scheint freilich dem Art. 231. zu widersprechen, allein im Schwabenspiegel (vergl. z. B. Art. 347. §. 3.) steht „büßen" häufig für „peinlich bestraft werden", so daß also die Verpflichtung zum Schadensersatze hier nicht ausgeschlossen ist, sondern sich nach Art. 231. von selbst versteht[12]). Ein dritter Fall im Art. 233: wenn Jemand durch einen umgeworfenen Wagen beschädigt wird, soll wie der vorhergehende Fall des Art. 232. beurtheilt werden, so daß sich alle drei Fälle unter das im Art. 231 klar ausgesprochene Prinzip subsumiren lassen. Hiezu kommt:

2) die Glosse zum Weichbilde Art. 38, die also lautet: „Hauet einer einen Baum nieder und hatte die Leute mit seinem Geschrei gewarnt *), und ware dieses bei einer offenen Straßen, oder deckte einer ein Haus oder mauerte er es öffentlich, tödtete dieser jemand ungeschichts, er würde mit seinem Wehrgelde loß, und dieses heißt homicidium casuale". Ferner:

3) dienen auch die Schöffenurtheile hinter der Zobel'schen Ausgabe des Sachsenspiegels unter dem Titel: von Wette und Buße, zum Beweise, daß die sächsischen Schöffen nach diesem Grundsatze Recht sprachen; und endlich:

4) kann man sich zur Unterstützung dieser Ansicht auch noch auf eine doppelte Analogie berufen. Nach dem Sachsenspiegel sind nämlich vorerst Kinder und Thoren zum Ersatze des durch sie angestifteten Schadens verpflichtet. Wie sollte daher der Art. 38. cit. bei relativer Unzurechnungsfähigkeit das Gegentheil bestimmen können? Ferner tritt nach dem Sachsenspiegel Buch 2. Art. 14. selbst im Falle der Nothwehr gegen Menschen oder Thiere, wo es sich doch von der Ausübung einer rechtmäßigen

---

12) Glossar. im Corp. jur. Germ. ed. Senkenberg, s. v. Busse. T. 2. p. 16. Vgl. auch Grimm, deutsche Rechtsalt. Thl. 2. S. 657—58. Anm.

*) also von seiner Seite den schuldigen Fleiß angewendet, in welchem Falle er nach römischem Rechte für die Schadenszufügung nicht haftet (§. 6.).

Handlung handelt, eine Verpflichtung zur Entschädigung ein. Wie sollte daher der Art. 38. cit. diese Verpflichtung nicht auch bei casuellen Verletzungen anerkannt haben?

Schon die altgermanischen Rechtsbücher, z. B. die Lex Bajuv. Tit. 2. §. 2: qui se defendendo liberum hominem occiderit, componat secundum qualitatem personae, die Lex Burg Tit. 2. §. 2., die Leg. Luitpr. Lib. 4. cap. 1. §. 2. Lib. 6. cap. 1. §. 9. u. s. w. sprechen diesen Grundsatz bei der Nothwehr aus. Eben so der Sachsenspiegel 2. Art. 14. Ferner der Schwabenspiegel Art. 370: „Wenn ein Hund Jemandem sein Gewand zerreißt oder ihn verwundet, schlägt er ihn todt um sich zu wehren, er soll jenem einen eben so guten wieder geben, und einen Pfenning dazu, der Eigenthümer des Hundes muß ihm aber den Schaden ersetzen." Selbst noch die Bamb. Halsger.-Ordn. Art. 181. verweist bei der Nothwehr die Partheien an das Civilgericht, und dieses Prinzip, Wehrgeld wegen Tödtung in Nothwehr zu zahlen, galt nicht nur in sächsischen, friesischen und wendischen, sondern auch in fränkischen Ländern *). Diesen Zeugnissen fügt Tönsen [13]) aus den vaterländischen Quellen noch folgende bei: Dithmarsch. Landrecht Art. 118, Nordstrander Landrecht Thl. 3. Art. 13, Neumünst. Kirchspielgebräuche Art. 62, Norske Low Lib. 6. cap. 12. §. 3., und Danske Low Lib. 6. cap. 12. §. 3. Ferner kann man noch beifügen: die Landesgerichtsordnung für die Hzth. Schleswig und Holstein Thl. 4. Tit. 23. §. 13. 16, und die Verordn. v. 14. Septbr. 1739. für den großfürstl. Antheil von Holstein, welche letztere an die Stelle der seither üblichen Privatsatisfaction bei Tödtungen in der Nothwehr, Brüche ad pias causas, z. B. an die Schulen, Kirchen,

*) Birnbaum im N. Arch. des Cr.-Rechts. Bd. 13. S. 428. Der angeführte Art. 181. der Bamb. findet sich noch in dem zweiten Projecte der P. G. O. vom J. 1529, wurde jedoch auf dem Reichstage nicht angenommen. Schmidt, Karls 5. P. G. O. und Bamb. H. G. O. 2te Ausg. S. 76. Anm.

13) a. a. O. S. 236.

Zucht- und Werkhäuser setzt [14]). Noch vor Kurzem wurde diese Verordnung auf eine merkwürdige Art von dem Holstein. Obergerichte zu Glückstadt in Anwendung gebracht, indem dasselbe einem Angeschuldigten, welcher wegen Tödtung in rechter Nothwehr freigesprochen wurde, statt der Buße ad pias causas die Erstattung der Untersuchungskosten auferlegte [15])!

Wie sehr contrastirt nicht auch hier das Prinzip des germanischen Rechts mit dem Grundsatze des römischen Rechts: qui jure suo utitur neminem laedit [16]). Grade darin zeigt sich auf eine characteristische Weise, daß das germanische Recht mehr die objective als die subjective Seite der Verletzung hervorhebt [17]).

§. 15.

2. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus durch fremde Widerrechtlichkeiten oder bloße Naturkräfte ausser dem Menschen.

Während das römische Recht in obligatorischen Verhältnissen das durchgreifende Prinzip befolgt: debitor speciei liberatur ejus interitu fortuito, ist dagegen das deutsche Recht so reich an feinen, aus der besonderen Natur der Verträge abgeleiteten, und zugleich, wie es scheint, höchst billigen Unterscheidungen, daß man eine solche Theorie weit eher dem so sehr ausgebildeten römischen, als dem im Allgemeinen auf einer untergeordneteren Stufe stehenden germanischen Rechte zutrauen sollte. Das System des deutschen Rechts ist, um einen kurzen Ueberblick über dasselbe zu geben, mithin vorbehältlich seiner Begründung, folgendes [1]):

---

14) v. Schirach, Schleswig-Holst. Crim.-Recht. Thl. 1. S. 53.

15) v. Schirach, Beiträge zur Anwend. des Rechts. Nr. VII. vgl. mit Schirach a. a. O. S. 59. 60.

16) L. 151. D. de R. J. L. 4 pr. §. 1. D. ad leg. Aquil. (9. 1.). L. 5 pr. D. eod. Glück, Comment. Thl. 10. S. 325 f.

17) Vergl. Abegg, a. a. O. S. 282 f.

1) Heineccius elem. jur. Germ. Lib. 2. Tit. 15. §. 373 sq. Albrecht, von der Gewehre. S. 135 f.

1) Der Contrahent, welcher kraft eines Vertrags eine fremde species besitzt, die er restituiren soll, trägt den casus nicht, wenn der Vortheil des Geschäfts lediglich auf Seiten des Gebers ist. Daher haften z. B. der Vormund und der Depositar nicht für den casuellen Untergang der ihrer Obhut anvertraueten fremden Sachen. In diesem Punkte stimmt freilich das römische Recht mit dem germanischen Rechte überein, allein sie weichen in Ansehung des Grundes und des Grundsatzes, worauf diese Vorschrift beruht, wesentlich von einander ab. Nach römischem Rechte ist es das Prinzip der Imputation, welches hier, wie bei ausserobligatorischen Verletzungen, zur Anwendung kommt. Das germanische Recht hingegen, welches dieses Prinzip bei ausserobligatorischen Verletzungen nicht anerkennt (§. 14.), mußte consequenterweise auch hier davon abstrahiren, und beruht vielmehr (wie die Vergleichung der folgenden Fälle ganz unzweifelhaft ergiebt) auf dem Gedanken, daß der Empfänger hier darum den casus nicht zu tragen habe, weil er von dem Rechtsgeschäfte keinen Vortheil habe, und der Geber ihm vielmehr zur Dankbarkeit verpflichtet sey. Das Prinzip der Imputation ist mithin so wenig hier, wie in den gleich folgenden Fällen, als entscheidende Norm zu betrachten.

2) Der Contrahent, welcher kraft eines Vertrags eine fremde species besitzt, welche er restituiren soll, haftet beim casuellen Untergange derselben für den vollen Ersatz, wenn er den alleinigen Vortheil von dem Vertrage hat, wie z. B. der Commodatar, da dieser unentgeltlich die Vortheile des Gebrauchs und des Genusses der geliehenen Sache hat.

3) Ist der Vertrag gemischter Art, d. h. haben beide Contrahenten Vortheil von demselben, so kommt es darauf an, welcher von ihnen, ob der Geber oder der Empfänger, nach der Natur des Vertrags den Hauptvortheil hat. In dem ersten Falle hat der Geber (Eigenthümer), in dem zweiten der Empfänger (Besitzer) den casus zu tragen. Insofern ist z. B. der Miether eines Pferdes von der Prästation des casus frei, wogegen Handwerker und Trödler, welche die ihnen zur Verarbeitung, beziehungsweise zum Vertrödeln gegebene Sache durch Zufall verlieren, den

Eigenthümer dafür zu entschädigen verpflichtet sind. Zwar hat in dem ersten Falle auch der Miether, in dem zweiten der Eigenthümer der zu verarbeitenden oder zu vertrödelnden Sache Vortheil von dem Geschäfte, allein der Hauptvortheil aus dem Vertrage ist doch auf Seiten des Vermiethers, beziehungsweise des Handwerkers und Trödlers, weil sie dergleichen Geschäfte gewerbsmäßig treiben und davon leben. Sie nehmen für ihre Dienste Geld ein, und können dabei reich werden, was von dem Miether und Eigenthümer des Stoffes nicht gilt. Endlich:

4) giebt es auch noch Mittelfälle, d. h. Verträge, bei welchen der Vortheil von Seiten des Empfängers und des Gebers gleich groß ist. Dies ist namentlich beim Faustpfande der Fall, indem der Pfandgläubiger zwar nicht die Vortheile des Gebrauchs und Genusses der Sache hat; allein die custodia, welche er übernimmt, gereicht ihm eben so sehr zum Vortheil, wie dem Schuldner das Geld, welches er auf das Pfand erhalten hat. Für diese Mittelfälle stellt daher das deutsche Recht den mittleren Grundsatz auf, daß jeder die Gefahr seines Interesses an der Sache zu tragen habe, d. h. dem Verpfänder geht mit dem casuellen Untergange der Sache sein Eigenthum, dem Pfandgläubiger seine Schuldforderung zu Grunde. Doch tritt der Grundsatz, daß der Besitzer und nicht der Eigenthümer den Zufall zu tragen habe (Nr. 3.), dann wieder ein, wenn der größere Vortheil auf Seiten des Pfandgläubigers ist; und dies ist der Fall, wenn ihm das Pfand nicht blos für die Wiedererlangung seines Darlehns, sondern zugleich für einen positiven Gewinn, d. h. für Zinsen, Sicherheit leisten soll. Hier haftet mithin der Pfandgläubiger dem Verpfänder für den casuellen Untergang der verpfändeten Sache. „Setzt, heißt es in den Schöffenurtheilen bei Böhme 6. 113, setzt ein Xpen Man eime Juden ein Pfand vor Gelt, doh er im Wuchir von gebit, und verlust der Jude das Pfand mit andirm sime Gute, her sal is dem Xpenmanne geldin."

§. 16.

Wir gehen nunmehr zur Begründung dieser, dem deutschen Geiste gewiß zur Ehre gereichenden Theorie im Einzelnen über.

Zum ersten Satze: **debitor speciei liberatur ejus interitu fortuito**, sofern der Vortheil aus dem Vertrage lediglich auf Seiten des Gebers ist. In diese Kategorie der Verträge gehören die Vormundschaft und das Depositum, daher denn der Vormund und der Depositar für den casuellen Untergang der fremden Sache keinen Ersatz zu leisten haben.

Von der Vormundschaft spricht dies der Sachsenspiegel, Buch 1. Art. 11. und Art. 23. deutlich aus. In der ersten Stelle heißt es:

„Hält auch ein Vater seine Kinder nach ihrer Mutter Tode in Vormundschaft, so soll er ihnen, wenn sie sich von ihm absondern, ihr sämmtliches mütterliches Gut wiedergeben und überlassen, er habe es denn durch Unglücke und ohne seine Schuld verloren. Ein Gleiches ist die Frau des Vaters Kindern zu leisten schuldig, und ein jeglicher Mann, der Vormund über Kinder ist".

In der zweiten Stelle heißt es gleicherweise:

„Wann die Söhne noch binnen ihren Jahren sind, so nimmt ihr ältester ebenbürtiger Schwerdtmagen das Heergewette allein, und ist der Kinder Vormund daran. Wenn sie alsdann zu ihren Jahren kommen, so soll er es ihnen benebst ihrem völligen Gut wiedergeben, er könne denn berechnen, wo er es in ihrem Nutzen verthan, oder daß es ihm geraubet worden sey, oder daß er es durch Unglück ohne seine Schuld verloren habe".

Eben derselbe Grundsatz gilt vom Depositum, vorausgesetzt daß es ein reines Depositum ist. Denn wenn die Hinterlegung lediglich zum Vortheil des Depositars geschah, so kommt der zweite Grundsatz des §. 15. zur Anwendung. Schon die Lex Visigoth. Lib. 5. Tit. 5. §. 1. und die Lex Bajuv. Lib. 14. cap. 1. §. 1—3. sprechen dies ausdrücklich aus. Auch im Sachsenspiegel, Buch 3. Art. 5. (vergl. auch Schwabensp. Art. 247. §. 1 f.) werden der Depositar und der Commodatar einander in der Art entgegengesetzt, daß jener von aller Verbindlichkeit frei erklärt wird, wenn er beweisen kann, daß die deponirte Sache ohne sein Verschulden zu Grunde gegangen sey; und dabei brauchte

der Depositar nur diejenige Sorgfalt angewendet zu haben, die er in eignen Angelegenheiten anwandte (culpa in concreto). Hat er dieses gethan, so ist er ausser aller Verantwortung [1]), während der Commodatar unbedingt für die Sache einstehen, mithin dieselbe dem Eigenthümer auch dann ersetzen muß, wenn sie durch casus fortuitus vernichtet oder beschädigt wurde. Es heißt nämlich im Art. 5. cit.:

„Wenn ein Mann dem andern sein Gut aufzuheben giebt, wird es diesem gestohlen oder geraubt, oder verbrennt es, oder stirbt es wenn es Vieh ist, so darf er keine Noth darum leiden *), wenn er schwehren kann, daß es ohne sein Verschulden geschehen sey. Was man aber (hingegen) einem Manne leihet oder versetzet (Commodat und pignus), das soll er unverderbt wiederbringen, oder ersetzen".

Zur Bestätigung dieser Ansicht kann man sich auf eine ganze Reihe von Zeugnissen berufen, welche ich hier aus den Schriften von Albrecht a. a. O., Cropp [2]) und Tönsen [3]) mittheile.

Von Albrecht werden angeführt: Culm. Recht 5. 34. Hamb. Stat. 155. (bei Pufendorf, Vol. 3. App. p. 272.) Schles.

---

1) Heineccius, a. a. O. §. 372. und Anm. zu §. 373. §. 375. a. E. Revid. Lübsch. Recht Lib. 3. Tit. 3. Art. 1. Schwabenspiegel Art. 246: „Wir sprechen, daß er dem Mann fremdes Gut soll hüten, dann sein selbes Gut".

*) Securus esto, wie sich die römischen Juristen und Justinian ausdrücken! — Wenn hier von „Verschuldung" die Rede ist, so scheint dies der im §. 15. Nr. 1. ausgesprochenen Ansicht zu widerstreiten. Allein es wurde dort nur behauptet, daß die Frage, wer den casus zu tragen habe, nicht principaliter von der Verschuldung, sondern vielmehr von der besonderen Natur des Vertrags abhänge. Sonst müßten ja der Commodatar, der Depositar, der Pfandgläubiger u. s. w., wie nach röm. Rechte, ganz gleich behandelt werden, was doch nicht der Fall ist.

2) In Hudtwalker und Trummer Crimin. Beiträgen, Bd. 2. Heft 1. S. 70. Anm. 47.

3) Das allgemeine pos. Privat-Recht. S. 253. Anm. 25., S. 492. Anm., S. 506. Anm., S. 509. Anm.

Landr. 4. 13. dist. 15. 16. Lüb. Recht 239. (bei Brockes Obs. for. p. 66.).

Von Cropp: Lex Frision. Add. Tit. 11. Leges Goslar. Titel: van Gherichte und Klage §. 176. §. 179. (bei Leibnitz, 3. S. 552.). Hamb. Statut. vom J. 1270. XII. 12.; v. J. 1292. P.; v. J. 1497. L. 9. u. 10. Coll.; v. J. 1603. II. 1. Art. 8, 2. Art. 3. 4, und 3. Art. 2. Stader Statut. vom J. 1279. XI. §. 11. (bei Grothaus S. 97.). Stat. Bremens. v. J. 1303. Ord. 79. (bei Oehlrichs S. 112.); v. J. 1433. Ord. 59. 60. (ebend. S. 528.). Statut. Verdens. Stat. 58. 59. (bei Pufendorf Obs. T. 1. p. 98.). Rigaische Statut. P. 1. cap. 20. 21. Lübsch. Recht Segeberger Codex Art. 343. (bei Kronhelm corp. const. et stat. Holsat. T. 4.); Lübsch. Recht Codex Brock. II. Art. 239. 281. 282. III. Art. 230. 247. 248. (bei Brockes sel. observ.); Revid. Lübsch. Recht III. 2. Art. 1. 3. Recht des Königs Christopher Tit. 6. Kap. 8 und 10. Schwed. Stadtrecht Tit. 6. Kap. 5. §. 1., Kap. 6 pr. §. 1.

Von Tönsen werden angeführt: Jüt. Low. Lib. 3. cap. 54. §. 4. 5., Lib. 2. cap. 114. §. 6. Leges prov. terr. Scanicae Lib. 16 Tit. 3. Ny Sjell Lib. 6. Tit. 2. Regis Magni leges Gulathingenses (sive jus commune Norvegicum) ed. Hafn. 1817. p. 507. Leg. Sueonum et Gothor. apud Raguladum Ingemundi, Stockholm. 1614. Lib. 7. cap. 5. Asegabuch Abschn. 2. §. 17. S. 96. v. Wiarda (vgl. auch Anm. k. S. 140 f.) Schleswigsch. Stadtrecht Kap. 64. Apenrader Stadtr. Art. 37. Hadersleben. Stadtr. Art. 27. (im Comp. statut. Slesvic. T. 2. p. 28. 189. 370. 464.). Jus Slesvic. antiq. §. 46. (in Kofod Anchers danske Lovhistorie, Access. ad T. 2. p. 12.). Statut. der Stadt Bremen 2. 8. §. 1. Culmisch. Recht Lib. 4. Tit. 3. cap. 5., und Formula regim. Curland. Pars post. §. 97.

Auf den Grund dieser zahlreichen Zeugnisse stimmen auch die neueren Schriftsteller, sowohl deutsche, als dänische und englische, in dem oben ausgesprochenen Prinzipe überein[4]), obwohl es mit Rück-

4) Schilter, Exerc. ad Pand. Exerc. 25. §. 14 — 19. Heineccius l. c. Hasse, die Culpa, S. 240 — 46. Anm.

ſicht auf das ältere Recht auch nicht an entgegengeſetzten Zeugniſſen fehlt, wonach der Depoſitar wenigſtens dann als erſatzpflichtig erſcheint, wenn ihm die Sache, gleichviel ob mit oder ohne ſeine Schuld, entwendet wurde. Man könnte dies mit der von einigen neueren Juriſten aufgeſtellten Anſicht, daß der Diebſtahl dem Schuldner immer zur culpa zuzurechnen ſey (§. 8.), in Verbindung bringen. Allein eines Theils finden wir, daß in den mittelalterlichen Rechtsbüchern (z. B. ſchon in der oben erwähnten Stelle des Sachſenſp. Buch 3. Art. 5., ſo wie in dem gleich zu erwähnenden Schwediſchen Rechte) Diebſtahl und Raub immer als vis major in eine Categorie geſtellt ſind; andern Theils wird ſich ergeben, daß in älteren Zeiten ſich die Erſatzpflicht des Depoſitars noch über den unverſchuldeten Diebſtahl hinaus erſtreckte, woraus wohl abzuleiten iſt, daß das Nichthaften des Depoſitars für den casus erſt dem mittleren deutſchen Rechte angehört. Indeß ſind die Entſcheidungen des älteren Rechts keineswegs gleichmäßig, und ſo hat es denn, um mit Cropp zu reden, den Anſchein, als ſey man von Alters her um eine Entſcheidung verlegen geweſen.

Nach der Lex Visigoth. Lib. 5. Tit. 5. cap. 3. und der Lex Bajuv. Lib. 14. cap. 4. iſt der Depoſitar verpflichtet, den Dieb aufzuſuchen und gerichtlich zu verfolgen. Findet er ihn, ſo muß er die geſtohlne Sache dem Eigenthümer reſtituiren, aber die Buße für den Diebſtahl behält er für ſich; im entgegengeſetzten Falle muß er dem Eigenthümer die Sache zur Hälfte erſetzen [5]). Das Longobardiſche Recht (leg. Luitpr. 6. 78.) unterſcheidet

---

Heidelb. Jahrb. 1818. Bd. 1. S. 57 — 58. Kolderup Rosenvinge, Bemärkninger om Fortolkningen af L. 5 — 8 — 14 D. in Oerſted's nyt juridisk Arkiv 19. S. 176 f. Deſſen däniſche Rechtsgeſch. §. 61. 110. Blackſtone, Comment. Lib. 2. cap. 30. p. 452 — 53. Kofod Ancher, danske Lovhiſtorie Bd. 1. S. 260. 264., und deſſen Sammlede jurid. Skrivter, Bd. 2. S. 458 f. (aus Tönſen a. a. O. mitgetheilt).

5) Tönſen a. a. O. S. 516. Anm. verweiſt dabei auf das übereinſtimmende N. Seel. Recht. Kap. 3. 4.

dagegen nicht, ob der Dieb aufgefunden oder nicht aufgefunden wird, sondern verpflichtet den Depositar unbedingt zum Ersatze des depositi, wogegen ihm die Klage gegen den Dieb, so wie im Entdeckungs- und Ueberweisungsfalle desselben, Buße und Ersatz verbleiben. Auch nach dem alten Schwedischen Rechte (bei Stiernhoek de jure Sueon. et Goth. S. 256.) galt das Sprüchwort, daß wenn Jemandem eine Sache in Verwahrung gegeben sey, diese durch Diebstahl und Raub nicht zu Grunde gehen könne, d. h. daß der Depositar sie dem Eigenthümer immer ersetzen müsse, wobei ihm jedoch die Klage gegen den Dieb wohl vorbehalten blieb. Ueberhaupt hat Kolderup Rosenvinge[6]) nachgewiesen, daß nach den älteren Rechtsbüchern der nordischen Reiche der Depositar schlechthin für jeden casus, er mochte durch fremde Widerrechtlichkeiten oder durch Naturübel entstanden seyn, zu haften gehabt habe, ausgenommen in dem Falle, wenn zugleich mit dem deponirten Gute auch das des Depositars zu Grunde ging. Doch bemerkt Tönsen[7]), daß nicht alle Stellen, welche Rosenvinge anführe, unbedingt den Depositar zum Ersatz verpflichten, sondern daß mehrere derselben, wie z. B. das allgem. Stadtrecht des Kön. Erich Glipping Kap. 45., das Statut für die Stadt Ripen, so wie das Landbirkerret desselben Königs Kap. 36., und so auch die Gesetzbücher mehrerer schwedischen Provinzen, welche Rosenvinge in dem juridischen Archive von Oersted Bd. 19. S. 181 f. anführe, den Depositar nur unbedingt für den Diebstahl haften ließen[8]).

Erst nach dem mittleren Rechte braucht, wie die obigen zahlreichen Zeugnisse ergeben, der Depositar dem Eigenthümer weder für den unverschuldeten Diebstahl, noch überhaupt für den casus zu haften, ausgenommen wenn er für das Aufbewahren Lohn empfing (wo dann aber von einem eigentlichen deposi-

6) In dessen Anm. 4. angeführten Schriften.

7) a. a. O. S. 309.

8) Vgl. überhaupt Cropp a. a. O. S. 249 — 50. Tönsen a. a. O. S. 503 — 19.

tum nicht mehr die Rede ist), oder wenn er vermöge besonderer Uebereinkunft unbedingt für den ihm anvertrauten Gegenstand haften mußte [9]).

Sollte man hiernach nicht zu der Annahme berechtigt seyn, daß in den ältesten Zeiten das germanische Recht von dem Grundsatze ausgegangen sey, daß der Vertrag als solcher schlechthin und unbedingt zur Restitution verpflichte, und der casus von demjenigen zu tragen sey, in dessen Person er sich ereignete? Denn von dem Depositum, als einem unentgeltlichen Geschäfte, scheint der Schluß auf andere Verträge nicht gewagt zu seyn, und daher erklärt es sich wohl auch, daß die deutschen und nordischen Schriftsteller grade das depositum mit besonderer Vorliebe behandelt haben. Erst später, scheint es, sah man bei casuellen Beschädigungen oder Zerstörungen vertragsmäßiger Gegenstände mehr auf die Natur des Vertrags, und daraus entwickelte sich allmählig die oben (§. 15.) angeführte Theorie.

§. 17.

Zum zweiten Satze: Wer bei einem Vertrage unentgeltlich die Vortheile des Gebrauchs und Genusses einer fremden Sache hat, ist schlechthin, folglich auch im Falle des casus, verpflichtet, sie dem Eigenthümer zu ersetzen. Unter dem Ersatze hier, wie in andern Fällen, hat man sich aber nicht nothwendig (wie nach römischem Rechte) ein Aequivalent an Geld zu denken, sondern die altgermanischen Volksrechte reden auch davon, daß der Schuldner aliam rem ejusdem meriti zu leisten habe, z. B. Lex Visigoth. Lib. 5. Tit. 5. §. 1.

Nach dem Sachsenfp. Buch 3. Art. 5. haftet, wie bereits oben bemerkt wurde, der Depositar nicht für den casuellen Untergang der Sache. Im Gegensatze des Depositars heißt es aber am Schlusse des Artikels:

„Was man aber (hingegen) dem Manne leihet, das sol er

9) Cropp a. a. O. S. 72. Anm. 49.

unverderbt wiederbringen, oder er sol es gelten nach seinen Wirden."

Albrecht a. a. O. verweist ausserdem noch auf die oben angeführten Stellen aus dem Schlesischen Landrechte und dem Culmer Rechte, so wie (Anm. 286.) auf das Augsburger Statut. 214., wo es heißt:

„Leihet ein Mann dem andern sein Roß oder Vieh ohne Lohn aus Lieb, und verliert er ihm das, das soll er gelten."

Es ist daher auffallend, daß Eichhorn[10]) und Schrader[11]) sich im entgegengesetzten Sinne auf die angeführte Stelle des Sachsenspiegels berufen, nämlich um darzuthun, daß gleich dem Depositar auch der Commodatar — wie Schrader bemerkt, in Uebereinstimmung des deutschen Rechts mit dem römischen Rechte — für den casus nicht zu haften habe. Allein auch die übrigen von Schrader für diese Ansicht beigebrachten Zeugnisse beweisen gar nichts. Denn vorerst bestimmt das Jütische Lowbuch Lib. 6. cap. 54. §. 6. rücksichtlich des Commodatars grade das Gegentheil[12]), und da auch das revid. Lübsche Recht Buch 3. Tit. 2. Art. 1. verbis:

„Was ein Mann dem andern leihet, das soll er ihm unverdorben wiedergeben oder bezahlen nach seinen Würden, wenn es verloren wäre."

— im Gegensatze des nach Tit. 3. privilegirten Depositars — den Commodatar unbedingt zum Ersatz verpflichtet: so sprechen grade die drei Hauptstatuten für die Herz. Schleswig und Holstein, nämlich der Sachsenspiegel, das Jüt. Low, und das Lübsche Recht das Gegentheil von dem aus, was nach Schrader a. a. O. als gemeines deutsches Recht gelten soll. Andere Statuten, z. B. das Eiderstädter Landr. Thl. 3. Art. 6., das Friedrichsst. Stadtr. Thl. 2.

---

10) Deutsche Staats- und Rechtsgesch. Thl. 2. §. 377.

11) Handb. der Schlesw. Holst. Rechte. Thl. 3. S. 106. Dessen Lehrbuch Thl. 3. §. 159. Anm. 2.

12) Kofod Ancher danske Lovhistorie Thl. 1. §. 37. Tönsen a. a. O. S. 494.

Sect. 2., Tit. 3. Art. 4. und das Husumer Stadtr. Thl. 3. Tit. 4. Art. 3. lassen freilich den Commodatar für den casus nicht haften, folgen aber darin, wie gewöhnlich, den Grundsätzen des römischen Rechts.

Mit unserer Ansicht ist indeß auch Mevius in seinem Commentare zum Lübschen Rechte S. 585. nicht einverstanden, indem er bemerkt: man habe zwar häufig behauptet, daß das Lübsche Recht beim Commodat nicht zwischen dolus, culpa und casus unterscheide, allein das sey unrichtig. Denn man müsse die Sache civiliter et ex ratione auffassen, d. h. die betreffende Stelle aus der Vernunft und dem römischen Rechte interpretiren, und dabei beruft er sich noch auf den Gemeinplatz: abrogatio juris communis sine expresso textu non est praesumenda, praesertim ubi deficit abrogandi justa ratio. Indefinita igitur locutio ex jure communi potius explicanda est, quam cum duritie et contra rationem extendenda, praesertim ubi nihil est quod contrarium sensum urgeat! Bei solchen Interpretationssünden ist es freilich kein Wunder, daß die Ansichten des germanischen Rechts über das Tragen des casus nach und nach zu Grunde gehen, und dem römischem Rechte weichen mußten. Der Satz, daß die deutschen Statuten im Zweifel aus dem römischen Rechte zu interpretiren seyen, ist in seiner Allgemeinheit falsch. Ihre nächste Erklärungsquelle ist vielmehr die germanische Volksansicht. Was sodann Mevius von der durities und der Vernunftwidrigkeit (contra rationem) sagt, ist eine offenbare petitio principii; und wenn er sich endlich darauf beruft, daß die vorgebliche Singularität des Lübschen Rechts durch nichts unterstützt werde, so hat er weder den Gegensatz zwischen Depositum und Commodat in Tit. 3. Art. 1. und Tit. 2. Art. 1. des Lübschen Rechts, so wie beim Sachsenssp. a. a. O., noch überhaupt die Ansicht des mittelalterlichen Rechts, die durch sonstige Zeugnisse beurkundet wird, berücksichtigt. Ja aus Tit. 3. Art. 1. über das depositum kann noch ein anderes wichtiges Argument gegen Mevius abgeleitet werden. Es heißt nämlich dort:

„Giebt einer dem andern sein Gut zu bewahren, es sey was es wolle, darvor kein Lohn, Stätt- oder Trankgeld gegeben, kommt es von Abhanden durch Diebstahl, Raub, Brand oder andere Zufälle, könnte alsdann derjenige, dem es vertrauet, daß er solch vertrauet Gut so treulich bewahret hat als das Seine, oder daß er das Seine mit verlustig geworden, auf seinen Eid erhalten, so darf er darzu nicht antworten."

Dieser Eid, zu welchem der Depositar zuzulassen ist, gehört wie Mevius zu dieser Stelle S. 591. bemerkt, zu den Eigenthümlichkeiten des germanischen Rechts, und es kommt derselbe schon in den altgermanischen Volksrechten vor, z. B. Lex Visigoth. Lib. 5. Tit. 5. §. 1.: ut praeberet sacramentum ille, qui commendata susceperat, quod non domino per suam culpam neque per negligentiam animal morte consumtum sit. Eine zweite Eigenthümlichkeit besteht darin, daß der debitor nur für culpa in concreto haftet. Die culpa in abstracto war dem germanischen Rechte überhaupt fremd. Nun sagt aber der betreffende Artikel ausdrücklich, daß der Depositar nur dann für den casus (culpa in abstracto und casus fortuitus) nicht hafte, wenn es ein reines Depositum sey. War dabei ein Lohn, Stätt- oder Trankgeld gegeben, so tritt mithin das Umgekehrte ein, d. h. dann haftet der s. g. Depositar für den casus. Dieser Gegensatz geht auch aus Art 2. daselbst hervor, wo es heißt:

„Wann Jemand einem andern sein Gut, Kaufmannswaaren oder Geld, ohne einigen Vortheil oder Gewinn zu treuer Hand zuschicket oder sonsten bei ihm läßt, daran derjenige dem es vertrauet, weder Part noch Antheil daran hat u. s. w."

Gleicherweise findet sich diese Distinction auch in andern Quellen, z. B. den Hamburg. Statut. v. J. 1292. H. 23., v. J. 1497. L. 8., wo es heißt:

„So we deme anderen kledere, brasen, spanghen, knopen edder einegherhande ghud deyt umme loen... to bewarende, wert dat demeghenen stolen, deme dat ghedaen wert, edder verlust he dat, he schal dat to rechte gheldeu."

Uebereinstimmend ist damit auch das Emser und Hun-

singoer Landrecht bei Wiarda im Asegabuche S. 141., und schon die altgermanischen Volksrechte, Lex Visig. Lib. 5. cit., Lex Bajuv. Tit. 14. cap. 1—4., sprechen den Grundsatz aus, daß der Depositar, wenn er Lohn empfange, unbedingt für den ihm anvertraueten Gegenstand zu haften habe. Wie kann man daher in der Lehre von den Verträgen mit Mevius ohne weiteres die Grundsätze des römischen Rechts zur Anwendung bringen?

Der Grund, weshalb der Depositar nicht für den casus, der Commodatar hingegen für denselben zu haften hat, liegt einfach darin, daß jener, wie sich das Lübsche Recht a. a. O. ausdrückt, gar keinen, hingegen der Commodatar den alleinigen Vortheil von dem Geschäfte hat, oder wie die Worte des oben angeführten Augsb. Statuts lauten: er hat die Sache, ohne Lohn zu geben, durch Liebe erhalten. Indeß fehlt es hier nicht an andern, zum Theil sehr verunglückten Erklärungsversuchen [13]). Man beruft sich, um das Tragen des casus in der Person des Commodatars zu erklären, entweder auf ein ihm zustehendes interimistisches Eigenthum, womit man sogar den Grundsatz des römischen Rechts: casum sentit dominus in Verbindung brachte; was aber, wie schon Heineccius bemerkt hat, eine durchaus irrige Ansicht ist. Oder man meinte, es sey die Absicht des Gesetzes gewesen, den Commodatar zu einer um so größeren diligentia in re custodienda anzuhalten; wobei aber weder einzusehen ist, wie ein reiner casus fortuitus durch Fleiß abgewendet werden kann, noch auch weshalb das deutsche Recht in dieser Beziehung bei dem bloßen Commodate stehen geblieben seyn sollte. Oder man meint, das Gesetz habe dadurch den Leiher von dem schwierigen Beweise der culpa des Commodatars befreien wollen; wobei eben so wenig einzusehen ist, weshalb das deutsche Recht dieses Privilegium nur dem Commodanten ertheilt haben sollte. Oder endlich man beruft sich gar darauf, daß das Gesetz dadurch zum unentgeltlichen Ausleihen von Sachen

13) Vgl. darüber Heineccius a. a. O. §. 361 f. Tönsen a. a. O. S. 498 f.

habe aufmuntern wollen, weil man nichts dabei zu wagen habe; ein Satz, den man eben so gut dahin umkehren kann, daß das Gesetz davor warnen wollte, von einem Andern etwas zu leihen, weil man viel dabei zu wagen habe. Und so könnte man auch in Beziehung auf das depositum sagen: das Gesetz, indem es den Depositar von dem Tragen des casus befreiete, wollte Jedermann vor dem Deponiren warnen!

Dies sind die verschiedenen älteren Erklärungsversuche, die nothwendig mißlingen mußten, weil man nicht die germanische Ansicht, sondern das römische Recht zum Maaßstabe der Beurtheilung nahm, und beide Gesetzgebungen mit einander in Harmonie zu bringen trachtete. Man nahm dabei nicht einmal auf den oben (§. 10.) besprochenen Billigkeitsgrund des Africanus in L. 61. §. 5. D. de furtis Rücksicht, wo es freilich nur in Beziehung auf das Mandat und eine dabei zur Sprache kommende specielle Frage heißt: nemini officium suum, quod ejus cum quo contraxerit, non etiam sui commodi causa susceperat, damnosum esse debet; welches Prinzip aber so generell gefaßt ist, daß es seinem Wortverstande nach auch auf das Commodat und andere Verträge bezogen werden kann, um mit Hülfe desselben die Frage: quis praestat casum, je nach der besonderen Natur des Vertrags auf verschiedene Weise zu beantworten. Auch daran dachte man nicht einmal, daß schon das römische Recht die verschiedene Natur der Verträge wenigstens für die Frage: ob dolus und culpa, oder nur dolus zu prästiren sey, berücksichtigt hat. Namentlich sagt Ulpian in L. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.):

Et quidem in contractibus interdum dolum solum, interdum et culpam praestamus. Dolum, in deposito. Nam, quia nulla utilitas ejus versatur apud quem deponitur, merito dolus praestatur solus, nisi forte et merces accessit. Tunc enim (ut est et constitutum) etiam culpa exhibetur..... Sed ubi utriusque utilitas vertitur, ut in empto, in locato, in dote, in pignore, in societate, et dolus et culpa praestatur. Commodatum autem

plerumque solam utilitatem continet ejus, cui commodatur, et ideo verior est Quinti Mucii sententia, existimantis et culpam praestandam et diligentiam.

Hiernach wird unterschieden: ist der Vortheil aus dem Vertrage allein auf Seiten des Gebers, wie beim Depositum, so haftet der Empfänger nur für dolus; ist er allein auf Seiten des Empfängers, wie beim Commodat, so haftet letzterer ausser dem dolus und der culpa auch noch für diligentia. Ist endlich der Vortheil aus dem Vertrage auf Seiten beider Contrahenten, so haften sie gegenseitig für dolus und culpa.

Der Unterschied zwischen dem römischen und dem deutschen Rechte besteht also darin, daß jenes von der Natur des Vertrags nur die Frage: wie weit der Contrahent auf dem Gebiete imputabler Handlungen zu haften habe? dieses hingegen die Frage: wer den casus zu tragen habe? abhängig macht. Mithin ist das deutsche Recht bei dem gleichen Grundsatze nur einen Schritt weiter gegangen als das römische Recht.

§. 18.

Zum dritten und vierten Satze. Diese Fälle bilden den Uebergang von den unentgeltlichen oder Freundschaftsverträgen, von welchen seither die Rede war, und wobei je nach den Umständen der Geber oder der Empfänger den casus zu tragen hat, zu den oneroſen, auf Restitution einer Sache gerichtetrn Verträgen. Bei diesen kann freilich ihrer Natur nach nicht gefragt werden, wer den alleinigen Vortheil von dem Geschäfte habe, wohl aber kann bei ihnen die Frage aufgeworfen werden, wer nach der besonderen Natur des Vertrags den Hauptvortheil aus demselben habe? Daher kann man auch mit Rücksicht auf beide Arten der Verträge ein gemeinschaftliches Prinzip aufstellen, welches dahin lauten würde: der Geber, beziehungsweise der Empfänger haben den casus zu tragen, je nachdem der eine oder der andere den alleinigen, oder doch den Hauptvortheil aus dem Vertrage hat. Unter dieses

Prinzip lassen sich die seither entwickelten, und die gleich folgenden Fälle sämmtlich subsumiren.

Zu den hieher gehörigen Verträgen ist unter andern auch der Pfandvertrag zu zählen, den schon Ulpian in L. 5. §. 2. D. commod. (13. 6.) in die Klasse der Verträge zählt, ubi utriusque utilitas versatur; und auch Justinian sagt im §. 4. I. quibus mod. re (3. 15.):

Quia pignus utriusque gratia datur, et debitoris, quo magis pecunia ei crederetur, et creditoris, quo magis ei in tuto sit creditum, placuit sufficere, quod ad eam rem custodiendam exactam diligentiam adhiberet.

Dies tadelt freilich Gesterding[1]), weil die Verpfändung an und für sich betrachtet nur zum Vortheil des Gläubigers gereiche. Allein mit Recht kann man doch sagen, daß das Pfand nicht blos dem Gläubiger Sicherheit gewährt, sondern zugleich dem Schuldner den ihm nothwendigen Kredit verschafft. Dies drückt Justinian durch die Worte: quo magis pecunia ei credatur aus, und man kann eben so wenig behaupten[2]), daß Justinian dies blindlings der Auctorität Ulpian's in L. 5. D. cit. nachgeschrieben habe. Denn so z. B. geht auch aus L. 18 pr. D. commod. (13. 6.) hervor, daß Gajus eben so dachte, wie Ulpian. Er setzt nämlich pignus und commodatum in gratiam commodantis et accipientis rücksichtlich des Haftens einander gleich, muß daher, abgesehen von dem besonderen Falle des Commodats ubi utriusque utilitas versatur, einen Gegensatz zwischen pignus und commodatum anerkennen; wie es ja auch für sich einleuchtend ist, daß man das pignus nicht unbedingt in eine Kategorie mit dem Commodate, dem precarium, und der Schenkung bringen kann. Auf der anderen Seite ist freilich auch nicht zu verkennen, daß der Pfandvertrag seiner Natur nach von dem Kauf- und Miethvertrage, von der societas, und andern Bilateralverträgen, denen Ulpian in L. 5. cit. das pignus

1) Vom Pfandrecht. §. 31. ed. 2.

2) Gesterding a. a. O. S. 193. ed. 1.

gleichstellt, wesentlich verschieden ist. Daher ist es eine gewiß feine Ansicht des deutschen Rechts, das pignus zwischen diejenigen Realverträge, wo der Vortheil lediglich auf Seiten des Gebers (wie beim Depositum), und lediglich auf Seiten des Empfängers ist (wie beim Commodat), in die Mitte zu stellen, und es mit Rücksicht hierauf nach einem mittleren Grundsatze zu beurtheilen.

Nach diesen allgemeinen Bemerkungen gehen wir jetzt zur Begründung der Sätze im Einzelnen über.

1) Wenn Jemand einem Andern den Gebrauch oder Genuß einer Sache um Lohn gestattet, so kann er von ihm keinen Ersatz für den casuellen Untergang oder die zufällige Beschädigung der Sache verlangen. Der Grund hievon ist der, weil bei der Sachmiethe (locutio conductio rerum) der Hauptvortheil auf Seiten des Gebers ist, welcher gewöhnlich das Vermiethen als Metier treibt und von diesem Geschäfte lebt. So heißt es in den Augsb. Statuten Art. 213.:

„Leihet ein Mann dem andern sein Gut um Lohn, verlüßet er das, oder was ihm geschicht ohne Schuld, das soll er nit gelten, wann er ihm es um Lohn geliehen hat."

Eben so in dem Jütisch. Low Lib. 3. Art. 54., dem Lübsch. Rechte v. J. 1240. Art. 41., und dem revid. Lüb. Rechte Lib. 3. Tit. 8. Art. 4. Die letztere Stelle lautet so:

„Wer ein Pferd um Geld miethet, obwohl dasselbe einen Schaden bekommt, er sey wie er wolle, so darf er doch den Schaden nicht gelten, es würde ihm dann gestohlen, oder er selber verwahrlosete es."

Das Lübsche Recht geht hier, gleich dem römischem Rechte (§. 8.), von der Präsumtion aus, daß der Diebstahl durch die Umsicht des bestohlenen Miethers hätte abgewendet werden können, mithin auf Kosten seiner Nachlässigkeit zu setzen sey, wodurch aber, wie Mevius zu der angeführten Stelle bemerkt, der Gegenbeweis nicht ausgeschlossen wird. Beim Depositum hingegen stellt das Lübsch. Recht 3. Tit. 3. Art. 1.: Diebstahl, Raub, Brand oder andere Zufälle in eine Kategorie. Dieser anscheinende Wider-

spruch ist so zu erklären. Beim depositum als einem unentgeltlichen Vertrage ist der Depositar dahin privilegirt, daß er, wenn ihm die Sache auf eine oder andere Weise wider seinen Willen abhanden gekommen ist, zum Eide zugelassen wird, daß er das fremde Gut eben so treulich aufbewahrt habe, wie das Seinige, oder daß er es sammt dem Seinigen verloren habe. Leistet er diesen Eid, so ist er von der Ersatzpflicht frei. Bei der Miethe muß er hingegen den casus durch die gewöhnlichen Beweismittel darthun, folglich auch beweisen, daß ihm die Sache ohne sein Verschulden gestohlen sey.

In Ansehung des depositum und der Miethe stimmt diesemnach, jedoch nur zufällig, das germanische Recht mit dem römischen Rechte überein. Allein:

2) bei dem Handwerksvertrage, dem Trödelcontracte und dem entgeltlichen Depositum stellt es den entgegengesetzten Grundsatz auf, daß nämlich der Empfänger für den casus zu haften hat, weil der Hauptvortheil aus dem Geschäfte auf seiner Seite ist.

So heißt es schon in der Lex Visigoth. Lib. 5. Tit. 5. §. 1. von dem entgeltlichen Depositum (einer Art Dienstmiethe): Si quis caballum vel bovem vel quodlibet animalium genus placita mercede ad custodiendum susceperit, si id perierit, aliud ejusdem meriti ille qui commendata *) susceperit, exsolvat, si tamen mercedem fuerit pro custodia consequutus, vel pro conducto. Eben so in der Lex Bajuv. Lib. 14. Cap. 1, im Asegabuche S. 141 u. s. w. Besonders gehören hieher folgende Stellen [3]):

Hamb. Statut. v. J. 1292. H. 23., vom Jahre 1497. L. 8: „So we deme anderen kledere, brasen, spanghen, knopen, edder ienegherhande ghud deyt umme loen to verkopende (Trödelcontract), edder to bewarende (entgeltliches Depositum

*) Ueber den Ausdruck commendare, welcher bald vom depositum, bald von der locatio, bald vom Mandat gebraucht wird, s. Heineccius, a. a. O. S. 362. Anm.

3) Cropp, a. a. O. Bd. 2. H. 1. S. 78., H. 2. S. 245.

oder locatio), wert dat demeghenen stolen, deme dat ghedaen wert, oder verlust he dat, he schal dat to rechte gheldeu. sunder also vele schal he darvan inne beholden, alse eme boren mochte oft he dat verkoft hadde."

Lübsch. Recht v. J. 1240. Art. 184. (bei Westpal, T. 3. col. 661., Cod. Brock. 1. Art. 197): „So wor en man deme andern gut doit to makende umme Lohn (Handwerksvertrag), verluset deghene dat gut (selbst) mit sineme gude (d. h. auch dann, wenn es zugleich mit seinem Gute zu Grunde geht), he skal deme manne dat gut weder gheven (d. h. aliud ejusdem meriti) ofte gelden".

In die gleiche Kategorie gehört auch (und zwar schon nach der Lex Visig. l. c. verbis: mercedem fuerit consequutus ... pro conducto) der Fall, wenn die einem Spediteur, Schiffer oder Fuhrmann zum Transport anvertraueten Waaren unterwegs durch casus zu Grunde gehen. Denn der Grundgedanke des deutschen Rechts ist unverkennbar der, daß wer für den einem Andern gestatteten Gebrauch seiner Sache (als Vermiether), oder für die Aufbewahrung, den Verkauf, oder die Verarbeitung fremder Sachen (als Trödler, Handwerker u. s. w.) Lohn empfängt, um des Lohns willen — welcher als der Hauptvortheil des Geschäfts zu betrachten ist — den casus zu tragen hat, wogegen wer aus Gefälligkeit Sachen verleiht (Commodans), oder unentgeltlich fremde Sachen aufbewahrt (Depositar) den casus nicht zu tragen hat. Mithin hat:

1) beim reinen depositum der Eigenthümer (der deponens) den casus zu tragen; denn er hat den alleinigen Vortheil aus dem Vertrage.

2) Auch bei der Sachmiethe hat der Eigenthümer (der Vermiether) den casus zu tragen; denn er hat den Hauptvortheil aus dem Geschäfte.

3) Bei dem Handwerks- und Trödelvertrage haben dagegen der Handwerker und Trödler dem Eigenthümer für den casus zu haften, weil sie den Hauptvortheil aus dem Vertrage haben.

4) Aus eben diesem Grunde kann beim entgeltlichen Depositum der Eigenthümer für den zufälligen Untergang der Sache Ersatz verlangen. Denn ein solcher Depositar steht dem Vermiether von Sachen und dem Trödler gleich; er läßt sich für seine Dienste bezahlen und lebt davon.

5) Gleicherweise haftet der Pfandgläubiger dem Eigenthümer für den casuellen Untergang der Sache alsdann, wenn er das Pfand für ein verzinsliches Darlehn erhalten hat. Denn auch hier empfängt er einen Lohn (Zinsen) für seine Dienste und lebt davon, wie schon die Bezeichnung von „Jude und Wucher" in unsern Quellen andeutet. Endlich:

6) erklärt sich daraus auch die eigenthümliche Bestimmung über das Faustpfand für ein nicht verzinsliches Darlehn. Hier, bemerkt Albrecht a. a. O., hat der Gläubiger zwar nicht die Vortheile des Gebrauchs und des Genusses, sondern nur die custodia; allein die custodia, die er übernimmt, gereicht nicht bloß dem Verpfänder, sondern auch ihm selbst zum Vortheil, und daher läßt das deutsche Recht in Betreff der Uebernahme der Gefahr einen mittleren Grundsatz eintreten, nämlich den: Jeder trägt die Gefahr seines Interesses an der Sache, d. h. dem Verpfänder geht mit der Sache sein Eigenthum, dem Gläubiger seine Schuldforderung zu Grunde. So heißt es im Sachsenspiegel Buch 3. Art. 5. a. E.:

„Stirbt aber ein Pferd oder Vieh während der Verpfändung ohne dessen Verschulden, der es bei sich hat, erweiset er das und kann dazu schwehren, so ersetzet er es nicht, sein Geld aber, dafür es versetzt stunde, hat er verloren, es wäre denn ihre Abrede anders gewesen."

Ferner im Schwabenspiegel Art. 243:

„Versetzt ein mann dem andern ein Pferd umb Pfenning, und stirbt das in seiner Gewalt, on sem Schuld, das ist der gemein Tod, er soll es nicht gelten, er verleuset aber sein Pfenning, die er darauf geliehen hat. Hat er aber Bürgen darauf genommen, die sollen ihm mit Recht sein Pfenning gelten."

Eben so im Schles. Landr. Lib. 3. Tit. 3. Art. 11:

„So verlust der Jude (Pfandgläubiger) sine Pfennige, und der Crist sin Gut."

Dabei verweist Albrecht a. a. O. S. 134. Anm. noch auf das Schles. Landr. Lib. 3. Tit. 13. Art. 16, die Hamb. Statuten 155 (bei Pufendorf T. 3. App. p. 272), das Culm. Recht 5. 34, und die Schöffenurtheile hinter dem Sachsenspiegel 1. 6. 6. Von Tönsen a. a. O. S. 530. Anm. wird auf das Gesetzb. Christians 5. Buch 5. Kap. 7. Art. 1., die Kieler Blätter f. d. J. 1819. Heft 1. S. 75., und Tönsen's Glosse einiger Fragm. der Landes-G.-O. für die Hrzth. Schl. u. Holst. 1802. S. 58. verwiesen.

Diesen mittleren Grundsatz hat keineswegs die Verlegenheit geschaffen, sondern er hängt mit dem Grundprinzipe des germanischen Rechts über den casus zusammen. Schon in den Leges Rothar. 257. findet sich ein solcher Mittelweg, jedoch anderer Art, ausgesprochen, nämlich der, daß die Gefahr der Zeit nach zwischen dem Pfandgläubiger und dem Schuldner zu theilen sey; und ein solches Mittelprinzip oder Prinzip der halbschiedlichen Theilung kommt auch bei andern Gelegenheiten, z. B. in der Lex Saxon. Tit. 12. §. 2. bei Verletzungen durch Menschenarbeit vor, wovon weiter unten das Nähere.

Tönsen hat die eigenthümliche Bestimmung des deutschen Rechts über den Pfandvertrag auch noch zu einem andern Zweck benutzt, nämlich dazu, um nach Analogie derselben zu beweisen, daß das deutsche Recht, abweichend von dem römischen, beim Kaufvertrage, im Falle des casuellen Unterganges der Sache, keine Verpflichtung des Käufers zur Zahlung des Kaufpreises anerkenne. Er beruft sich zu diesem Behuf vorerst darauf, daß nach mehreren deutschen Statuten, z. B. dem Dithm. Landr. v. J. 1567. Art. 76, dem Hadeler Landr. P. 2. Tit. 12. (bei Pufend. Obs. T. 1. App. p. 20) und dem Husumer Stadtrechte P. 3. Art. 37., so wie nach dänischem und norwegischem Rechte [4]), die Gefahr der verkauften Sache

4) Die Litt. s. bei Tönsen a. a. O. S. 529—30. Anm.

nicht, wie nach römischem Rechte, auf den Käufer übergehe, sondern bei dem Verkäufer bleibe, folglich der Käufer nicht zur Zahlung des Kaufpretiums verpflichtet seyn könne. Es sey dies eine natürliche Folge der im Wesen oder in der Natur des Bilateralvertrags gegründeten bedingten Natur der gegenseitigen Verpflichtungen, wonach, wenn einem der Contrahenten die Erfüllung durch Zufall unmöglich geworden sey, der Contrahent nicht verbunden seyn könne, sein Gegenversprechen zu leisten. Dies werde nicht nur durch die angeführten Statuten bestätigt, sondern finde auch seine Unterstützung in der Bestimmung des Sachsenspiegels und anderer Statute über den Faustpfandgläubiger, wenn das Pfand bei diesem durch Zufall zu Grunde gehe.

Diese Berufung auf das Faustpfand ist freilich mißlich, weil es sich beim Pfandvertrage nicht, wie beim Kaufvertrage, um eine Leistung und Gegenleistung handelt; allein auf der anderen Seite kann man allerdings im Geiste des deutschen Rechts sagen, daß der Kaufvertrag das mit dem Pfandvertrage gemein hat, daß er seiner Natur nach eben so sehr auf den Vortheil des Käufers als des Verkäufers berechnet ist, mithin im Allgemeinen von keinem der Contrahenten behauptet werden kann, daß er den Hauptvortheil von dem Geschäfte habe, und insofern der mittlere Grundsatz, den das deutsche Recht beim Pfandvertrage aufstellt, auch auf ihn passen würde. Allein „apud Suevos saltem, bemerkt Heineccius [5]), periculum in emtione transibat ad emtorem, simulac perfecta erat emtio, cujus perfectionis signum erat arrha (Leihkauf)“, und dabei beruft er sich auf den Schwabenspiegel Kap. 247. §. 2., wo es heißt:

„Und gib ich einem mann ein gut zu Kauff, und giebt er mir sein leyhkauff daran, und das gut bleibet in meiner Gewalt, und wird es mir gestohlen, der Schad ist sein, und mein nicht, hab ich sein gehütet als ich von recht solt.“

Hier kommt freilich alles darauf an, wie Heineccius bemerkt, ob man mit einigen Codices: „sein Leihkauff (arrha) daran“, oder

5) Elem. jur. Germ. T. 1. §. 397.

mit andern: „und giebt er mir seinen Wert daran“ liest. Denn in dem ersten Falle wird vorausgesetzt, daß das Kaufpretium noch nicht gezahlt, sondern nur die Arrha gegeben ist; in dem zweiten dagegen, daß der Käufer das Kaufpretium bereits gezahlt, und die Sache nur noch eine Zeitlang in der Gewahrsam des Verkäufers gelassen hat, wo denn nach den oben entwickelten Grundsätzen vom depositum der Verkäufer, als Depositar, nicht für den casus zu haften hat. —

Aehnliche Zweifel entstehen, um schließlich auch diesen beim römischen Rechte hervorgehobenen Punct (§. 10) nicht unberührt zu lassen, rücksichtlich der Frage: ob das deutsche Recht, abweichend vom römischen, den Grundsatz anerkenne, daß derjenige, welcher bei Gelegenheit der Ausführung eines ihm von einem Andern aufgetragenen Geschäfts Schaden an seinem Vermögen erleide, hiefür Ersatz verlangen könne? Dies behauptet Cropp[6]), indem er sich darauf beruft, daß nach dem Sachsen- und Schwabenspiegel die Herrschaft verpflichtet sey, dem Gesinde für Schäden und Entwendungen zu haften, die es ohne eigne Schuld oder Nachlässigung im Dienste der Herrschaft erlitten habe. Nach diesem Prinzipe habe auch der Lehnsherr dem Vasallen den Schaden zu ersetzen, den dieser in seinem Dienste erlitten habe, u. s. w.; und zu diesem, vom römischen Rechte abweichenden Grundsatze bekenne sich jetzt auch das französische Recht.

Es heiße nämlich in dem Sachsenspiegel Buch 3. Art. 6:

„Verspielt er (der Knecht) aber sein eignes Gut, oder versetzet er es, oder auf welche Weise er es mit gutem Willen veräussert, so darf der Herr keine Forderung darauf machen, denn er ist es ihm nicht schuldig zu ersetzen, wenn er ihn auch gleich vor seinen Verlust gut sagt, also ist man ihm auch nicht pflichtig dafür zu antworten. Wird aber einem Knechte ohne dessen Schuld sein Pferd oder anderes sein Guth in des Herren Dienste dieblich oder durch Raub genommen, das muß ihm der Herr ersetzen,

6) a. a. O. H. 2. S. 244.

und dafür muß man auch dem Herrn antworten wenn er darauf klagt."

Ferner im Schwabenſp. Art. 235.:

„Und wird dem Knecht ſein eigen Gut in des Herren Dienſte verſtolen oder beraubt, und alſo daß der Knecht unſchuldig iſt daran, und der Herr mag wohl Kläger ſeyn um das Gut wo er das findet. Das iſt davon, daß er es dem Knecht gelten muß."

Hiemit ſtimme auch das Schleſ. Landr. Buch 4. Kap. 7. Dist. 3 — 5., das Magdeb. Schöffenrecht v. J. 1304. Art. 90. (bei Schott deutſche Land- und Stadtrechte Thl. 1. S. 74 — 75), das Rigaiſche Ridderrecht Kap. 194. (bei Oehlrichs Rigiſche Recht S. 135.), und in Beziehung auf das Lehnsverhältniß das Sächſ. Landr. Kap. 4. a. E. und der Vet. auct. de benef. 1. 17. vgl. mit dem Schwäb. Lehnr. Kap. 74. ed. Senkenb. überein. Was nun aber vom Dienſtvertrage gelte, das müſſe um ſo mehr von unentgeltlichen Verträgen, z. B. dem Mandate behauptet werden, und daraus laſſe ſich das obige allgemeine Prinzip ableiten.

Allein ſchon Tönſen[7]) hat mit Recht bemerkt, daß jenes Prinzip weder vom Code Nap., noch von dem germaniſchen Rechte in dem Umfange, wie es Cropp aufſtellt, anerkannt werde. Denn was vorerſt den Art. 2000. des Cod. Nap. betrifft, ſo bezieht ſich derſelbe auf das bloße Mandatsverhältniß, mithin auf einen reinen Freundſchaftsvertrag, kann daher im Geiſte des Geſetzes weder auf den Dienſtvertrag, noch ſtreng genommen, auch nur auf das vormundſchaftliche Verhältniß ausgedehnt werden. Denn der Vormund erfüllt eine ihm durch die bürgerlichen Geſetze auferlegte Zwangspflicht, und wo eine ſolche beſteht, da kann von der Erfüllung einer freiwilligen oder Liebespflicht, wie z. B. beim Mandate, nicht die Rede ſeyn. Auf der anderen Seite kann man freilich ſagen, daß die Vorſchrift des Code Nap. Art. 2000. (vgl. mit Africanus in L. 61. §. 5. D. de furt.)

7) a. a. O. S. 454 f.

nicht sowohl auf der Freiwilligkeit, als vielmehr im Allgemeinen auf der Unentgeltlichkeit der Leistung beruhe, und es insofern gleichviel seyn müsse, ob jemand freiwillig oder gezwungen eine unentgeltliche Leistung verrichte. Allein wenn man auch dieses (was jedoch zweifelhaft ist) zugeben will, so kann doch der Art. 2000. auf keine Weise auf das Dienstverhältniß bezogen werden.

Was sodann das deutsche Recht betrifft, so scheint allerdings der Schluß sehr nahe zu liegen: ist sogar im Dienstvertrage der Herr verpflichtet, seinem Diener für zufällige Verluste, die dieser bei Gelegenheit und in der Ausübung seines Dienstes erlitten hat, Ersatz zu leisten, so muß dieses um so mehr vom Mandats- und vormundschaftlichen Verhältnisse gelten, wo Dienste ohne allen Lohn, wie solchen doch der Diener von seinem Herrn bezieht, verrichtet werden. Allein auf dem Gebiete singulairer Bestimmungen sind derartige Schlußfolgerungen im hohen Grade mißlich. Daß es sich hier aber von einer singulairen Bestimmung handle, scheint kaum in Zweifel gezogen werden zu können; singulair wenigstens in Beziehung auf die Lehre vom Tragen des casus, so sehr sie auch in einer anderen Beziehung mit allgemeinen Grundsätzen des deutschen Rechts zusammenhängen mag. Tönsen a. a. O. sucht jene Bestimmung daraus zu erklären, daß nach den älteren Begriffen von der Were des Herrn, es daneben keine besondere Were des Gesindes gegeben habe, und daß in Folge dieser Einheit der Were Entwendungen an dem Knechte verübt als Verletzungen der Were oder des Besitzes des Herrn angesehen worden seyen; woraus sich zugleich ergebe, daß man jenen Grundsatz nicht über das Dienstverhältniß hinaus analogisch auch auf andere Verhältnisse ausdehnen dürfe. Allein diese Ansicht von Tönsen ist durch nichts begründet. Vorerst paßt sie nicht auf das Lehnsverhältniß, wo doch derselbe Grundsatz zur Anwendung kommt, und sodann ist die Klage, welche dem Herrn wegen verübter Entwendungen an seinem Knechte zusteht, nur eine Folge davon, daß er dem letzteren Entschädigung zu leisten hat, wie die obigen Stellen des Sachsen- und Schwabenspiegels ausdrücklich ergeben, wogegen sie nach der Ansicht von Tönsen, welche sich auf eine

Einheit der Wehre stützt, dem Herrn principaliter aus der Entwendung zustehen müßte. Dies ist aber um so weniger der Fall, da die obigen Stellen ausdrücklich zwischen selbstverschuldeten und unverschuldeten Verletzungen des Knechts unterscheiden. Am natürlichsten bringt man wohl diesen Satz mit dem Abhängigkeits- und Schutzverhältnisse in Verbindung, wie solches in dem Dienst- und Lehnvertrage bestand. Doch wage ich hierüber keine bestimmte Ansicht auszusprechen, glaube aber jedenfalls daß eine Ausdehnung des Gesetzes nach seinem Grunde unmöglich ist, so lange (was hier der Fall ist) der Grund des Gesetzes ungewiß oder zweifelhaft ist.

Und damit verlassen wir das Gebiet der Verträge, um zu dem noch übrigbleibenden dritten Hauptfalle überzugehen.

§. 19.

3. Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus durch leblose oder lebendige Gegenstände der vernunftlosen Natur ohne Verschuldung ihres Eigenthümers.

Wir haben hier zwei Fälle zu unterscheiden, den ersten Verletzungen *durch Thiere*, den zweiten *durch Sachen*. Doch müssen wir auch hier, wie beim römischen Rechte (§. 12.), auf Verletzungen durch Sklaven Rücksicht nehmen, da dieselben im Ganzen nach den Grundsätzen des ersten Falles beurtheilt wurden, mithin beide Fälle dazu dienen sich wechselseitig zu erklären.

Auch hier beurkundet sich ein wesentlicher Unterschied zwischen dem römischen und dem älteren deutschen Rechte. Denn während jenes eine Verbindlichkeit des Eigenthümers zum Schadensersatze entweder gar nicht, oder nur *bedingt*, d. h. nur unter der Voraussetzung, daß der Eigenthümer seinen Sklaven oder sein Thier dem Verletzten nicht Preis geben will, anerkennt (§. 12.), leitet das ältere deutsche Recht diese Verbindlichkeit *unmittelbar* aus der Verletzung her.

Die älteren deutschen Rechtsbücher verpflichten nämlich den Eigenthümer eines *Hausthiers*, welches Jemanden getödtet oder sonst verletzt hat, gradezu und unmittelbar zum Ersatze des

angestifteten Schadens, ohne dabei (wie nach römischem Rechte) zwischen naturgemäßen und naturwidrigen Beschädigungen des Hausthiers zu unterscheiden [1]). So z. B. heißt es in der Lex Saxon. Tit. 13.:

Si animal quodlibet damnum cuilibet intulerit, ab eo, cujus esse constiterit, componatur, excepta feida.

Es verhält sich mithin hier wie bei Verletzungen durch willenlose Personen, nämlich Ersatz, aber ohne faida oder Wette (§. 14.). So auch die Lex Alemann. Tit. 99. §. 23.:

Si caballus, porcus aut bos hominem occiderit, totum Werigildum solvat.

und die Lex Angl. et Verin. Tit. 12.:

Si quadrupes damnum quodlibet fecerit, possessor pro qualitate damni vel compositionem solvat, vel sacramentum juret.

Es kommen jedoch in den altgermanischen Volksrechten noch andere Bestimmungen hierüber vor, so daß es schwer hält zu sagen, was eigentlich als Prinzip gegolten habe. Uebereinstimmend mit den angeführten Stellen heißt es in der Lex Rothar. 331.:

Si caballus cum pede, bos cum cornu damnum fecerit, vel si porcus dente hominem intricaverit, aut si canis momorderit, excepto ut supra rabiosus fuerit ipse, componat damnum aut homicidium (is) cujus animal fuerit, cessante in hoc capitulo faida, quod est inimicitia, quod muta res facit non hominis studium (i. e. iram).

Merkwürdig ist in dieser Stelle die Analogie von der Imputation, wonach der Herr des Hundes für den durch den Letzteren angestifteten Schaden nicht zu haften hat, wenn der Hund toll war; eine Bestimmung, die im römischen Rechte, wo doch auch die Imputation analog auf Thiere angewendet wird (§. 12), nicht

---

1) Grimm, deutsche Rechtsalterth. Thl. 2. S. 644. Albrecht, von der Gewehre. S. 305. Anm.

vorkommt *). Auch nach der Lex Visigoth. Lib. 8. Tit. 4. §. 16. ist der Herr des Thiers nur dann zum ganzen Wehrgelde verpflichtet, wenn er um die Bösartigkeit seines Thiers wußte. Zugleich giebt der §. 12., wie nach römischem Rechte, dem Eigenthümer die Wahl, ob er das Thier noxae dare, oder den Schaden ersetzen will. Nach den fränkischen Gesetzen ist hingegen der Herr des Thiers nur verpflichtet das halbe Wehrgeld zu zahlen, für die andere Hälfte soll er das Thier den Verwandten des Getödteten ausliefern, wie Grimm [2]) meint, um das verhaßte corpus delicti, an dessen lebendigem Besitze der Familie des Umgebrachten wohl nichts gelegen war, zu tödten. Es heißt nämlich in der Lex Ripuar. Tit 46.:

Si quis quadrupes hominem occiderit, ipse quadrupes, qui eum interfecit, in medietatem Werigildi suscipiatur, et aliam medietatem dominus quadrupedis solvere studeat absque fredo.

Gleicherweise in der Lex Salic. Tit. 38.:

Si quis homo qualibet pecude domestica... fuerit occisus, medietatem compositionis dominus ipsius quadrupedis cogatur exsolvere, ipsum vero quadrupedem, qui est auctor criminis, pro medietate compositionis restituat requirenti.

So auch in dem Pactus leg. Salicae antiq. Tit. 39., jedoch mit dem Zusatze: si vero pecoris dominus vitium in eo non intellexerit, secundum legem exinde se potest defendere et de ipso pecore nihil solvat.

So schwanken also diese Bestimmungen zwischen den Sätzen: ob der Eigenthümer schlechthin, oder nur unter der Voraussetzung, daß entweder er selbst in culpa oder das Thier zurechnungsfähig sey, Ersatz zu leisten habe; ob dieser Ersatz voll-

*) So heißt es auch in der Lex Salic. Tit. 38. von dem Thiere: qui est auctor criminis, und in der Lex Rip. Tit. 70. §. 1. von leblosen Gegenständen: sie seyen auctor interfectionis.

2) a. a. O. S. 664.

ständig oder nur zur Hälfte zu leisten sey, unter Anrechnung des Thiers als zweiten Hälfte; oder endlich ob er die Wahl zwischen noxae datio oder Ersatz habe. Die Lex Burg. Tit. 18. §. 1. hinwiederum spricht gar nicht vom Wehrgelde, sondern nur von der noxae datio, worin sie offenbar dem, auch sonst von ihr stark benutzten römischen Rechte folgt. Es heißt nämlich dort:

Si quodcunque animal quolibet casu, aut morsus canis homini mortem attulerat, jubemus etiam inter Burgundiones antiquam exinde calumniam removeri, quia quod casus operatur non debet ad damnum aut inquietudinem hominis pertinere. Ita ut si de animalibus subito caballus caballum occiderit, aut bos bovem percusserit, aut canis momorderit ut debilitetur, ipsum animal aut canis per quem damnum videtur admissum, tradatur illi qui damnum pertulerit.

Mit Rücksicht auf diese Stelle, welche aus römisch-rechtlichen Gründen von der Imputation (quod casus operatur non debet ad damnum hominis pertinere) die alte auch bei den Burgundern üblich gewesene compositio oder das Wehrgeld bei Verletzungen durch Thiere abschaffte und ihr die noxae datio substituirte, bemerkt Frey in seinen Quellen des Baseler Stadtrechts (Basel 1833.) S. 173., daß die Lex Burgundionum wahrscheinlich im Mittelalter den Bewohnern der östlichen Schweiz noch längere Zeit als Norm gedient habe. Denn die auch in die Handfeste von Thun v. J. 1264. Art. 20. übergegangene Stelle des Freiburger (im Uechtlande) Stadtrechts: si quis vicino suo per suum animal aut per familiam suam nocuerit, et ipse sculteto conquestus fuerit, aut ipse respondeat pro eis aut eos relinquat, sey aller Vermuthung nach aus der, den übrigen altgermanischen Volksrechten unbekannten, noxae datio der Lex Burgund. hervorgegangen.

Die Lex Alemannor. T. 102. 103. unterscheidet hingegen auf folgende Weise: tödtet ein Pferd, Schwein oder Rind einen freien Menschen, so hat der Eigenthümer das ganze, tödtet

es aber einen Sklaven das halbe Wehrgeld zu zahlen. Bei Tödtungen durch einen Hund sollen sich die Verwandten des Umgebrachten mit dem halben Wehrgelde begnügen. Wollen sie dieses aber nicht und fordern das Ganze, so wird ihnen (wie bei den Franken) für die andere Hälfte der Hund ausgeliefert, den sie über ihre Hausthür aufhängen müssen, und bei Verlust des Wehrgeldes nicht eher abnehmen, noch zu einer andern Thüre ein- und ausgehen dürfen, als bis der Hund verfault ist und seine Knochen herunterfallen. Dies erklärt Grimm a. a. O. so: „Gestank und widriger Anblick, die ihnen das ganze Haus verleidet haben würden, sollten die Betheiligten zum Voraus bewegen, ihre Forderung bei der Hälfte bewenden zu lassen."

Die gleiche Verpflichtung zum Schadensersatze anerkennen die altgermanischen Volksrechte auch in dem Falle, wenn ein Thier ein fremdes Thier getödtet oder verwundet hat, so jedoch, daß auch hier, wie bei der Tödtung eines Menschen durch ein Thier, verschiedene Modificationen hervortreten. Während nämlich die Lex Burg. l. c. es in diesem Falle bei der noxae datio bewenden läßt, bestimmt die Lex Ripuar. Tit. 46. §. 2. die volle Ersatzpflichtigkeit, ohne dabei (wie es das römische Recht thut) zu untersuchen, wer der auctor rixae gewesen sey. Es heißt dort:

Si quadrupes quadrupedem interfecerit, dominus quadrupedis quadrupedem mortuum vel debilem recipiat, et eum, qui alium interfecerit; domino ejus, cujus quadrupes est interfectus, ipsum quadrupedem tribuat, et quantum interfectus vel debilis prius valuerat, solvat.

Der Eigenthümer des getödteten Thiers kann hiernach zwar vollen Ersatz verlangen, aber er muß sich in denselben das Thier, welches das Seinige getödtet hat, einrechnen lassen. Diese noxae datio als halbes Wehrgeld ist jedoch nur dem fränkischen Rechte eigen. Man muß daher annehmen, daß nach den übrigen Volksrechten der volle Ersatz (das volle Wehrgeld) ohne ein solches Einrechnen zu leisten war. Zwar sprechen die Lex Sax. Tit. 13. und die Lex Angl. et Verin. T. 12. nicht speciell

von dem Falle der Tödtung eines Thieres durch ein fremdes Thier, aber sie drücken sich doch so allgemein aus (si quadrupes damnum aliquod fecerit etc), daß wohl auch dieser Fall darunter begriffen seyn dürfte. So wird auch in der Lex Visig. l. c. §. 17, im Gegensatz der Tödtung eines Menschen durch ein Thier, von sonstigen Schadenszufügungen der Thiere geredet, und darunter scheint auch unser Fall mit begriffen zu seyn.

Auch in den mittelalterlichen Rechtsbüchern finden wir genaue Bestimmungen über die beiden Fälle der Tödtung eines Menschen oder eines Thiers durch ein fremdes Thier. Nur haben sich inzwischen die Ansichten hierüber geändert, indem nach dem Sachsen- und Schwabenspiegel die ursprüngliche, aus der Verletzung hervorgehende Verpflichtung des Eigenthümers zum Schadensersatze, wie sie in den altgermanischen Volksrechten ausgesprochen ist, jetzt als blos mittelbare oder bedingte Verpflichtung hervortritt. Insofern nähert sich das mittelalterliche Recht allerdings dem römischen Rechte, weicht aber darin wesentlich von demselben ab, daß es keine noxae datio (Uebertragung des caput nocens zu Eigenthum) anerkennt, sondern der Eigenthümer eines zahmen Thiers, welches einen Menschen oder ein fremdes Thier getödtet hat, soll es nur abschaffen oder von sich jagen, und nur wenn er dieses nicht thut, ist er zum Ersatze verpflichtet. So ist auch die obige Stelle des Freiburger Stadtrechts zu verstehen.

Daß der Sachsensp. Buch 2. Art. 40., welcher die Hauptstelle ist, nur von zahmen Thieren, nicht auch von wilden Thieren zu verstehen sey, dürfte als ausgemacht anzusehen seyn, wie ja auch sämmtliche oben angeführte Stellen aus den alten Volksrechten immer nur von zahmen Thieren reden. Zwar giebt es in dem Art. 40. verschiedene Lesarten. Statt „Hund, oder Schwein, oder Ochse oder welcherhand Vieh es sey", heißt es bei Stryck: „oder Eberschwein, Beer, Pferd" u. s. w., was Stryck auf ferae bestiae bezieht. Im Cod. Lips. bei Gärtner heißt es: „swas hunt, oder ber oder phert", und so auch im Cod. Quedl.: „swas hunt oder beir", wobei Gärtner in den Varianten bemerkt: „Cod. Lips. 2. Beer, Cod. Quedl. Beier; Zobel: Eber-

schwein oder Beer. Ber vero, vel baer priscis designavit verrem, unde et nostrum: Eber. „Im Cod. Berol. v. 1369. heißt es: „ſves hunt oder ber", wo Homeyer bemerkt: „beer, bier, beir; Zobel: Eberschwein." Es ist mithin unter dem Beer oder Bier kein wildes Thier zu verstehen, wie dies auch schon aus der Gloſſe hervorgeht, wo es heißt: „unter Hunde sind zu verstehen alle Thiere, welche gerne um den Menschen zu seyn pflegen, und doch von Natur schädlich sind. Beeren oder Eberschwein und Ochsen sind von Natur nit schädlich, sondern thun bisweilen aus Zorn und Fräßigkeit Jemands schaden".

Die Worte des Sachsenſp. Buch 2. Art. 40. lauten vollständig so:

„Wessen Hund oder Schwein oder Pferd, oder Ochse, oder welcherhand Vieh es sey, einen Mann oder ein ander Thier tödtet oder lähmet, dessen Herr soll den Schaden nach rechtem Wehrgelde oder nach seinem Werthe bessern, wofern er dasselbe Vieh nach der Zeit, da er die That erfahren, wieder in seine Gewehr nimmt. Schläget er es aber naus, und haußet und hofet füttert und tränket es nicht mehr, so ist er an dem Schaden unschuldig, und so kann sich jener dessen vor seinen Schaden anmaßen, wenn er will (d. h. der Verletzte kann statt des Schadensersatzes das derelinquirte Thier occupiren). Kein Vieh verwürket dem Richter Gewette durch seine That (wie es in den altgermanischen Rechtsbüchern heißt: componat absque faida)".

Im Schwabenſp. Art. 357. §. 4 f. ist dies so ausgedrückt:

„Lämet es einen Mann, und schlecht es eyner von ihm, und haußet und hofet es, noch eczet (füttert) es, noch trenket es aftermals und danach es den Schaden gethet, es hat kein Geltnuß davon. §. 5. Und wundet es ein Mann, so ist dasselb Gericht. §. 6. Und der dem der Schaden geschicht, will er, er mag es gelten (nach andern Handschriften: tödten). §. 8. Und thut ein Vieh ein Schaden, den sol er gelten des es do ist, ob er sich sein unterwindet nach dem Schaden. §. 9. Will er es lassen varen, das thut er wol, und giltet sein nicht, so hat es eyner für seinen Schaden."

Es ist in diesen Sätzen dieselbe Idee wie in der **Lex Ripuar. Tit. 70. §. 1.** für den Fall: **si quis homo a ligno seu quolibet alio manufactili fuerit occisus** (§. 20.), ausgesprochen, nämlich die Idee: statt des Wehrgeldes (wie nach den altgermanischen Volksrechten) und der **noxae datio** (wie nach römischem Rechte), ist der Eigenthümer nur verpflichtet das mit Blut befleckte Thier von sich zu stoßen, und dann mag der Verletzte, oder dessen Familie, wenn sie wollen, es ergreifen und sich daran schadlos halten. Ist es aber ein Ochse oder Schwein, so soll es nach dem Schwabenſp. a. a. O. §. 4. als unrein nicht gegessen werden. Handelt der Eigenthümer so, so ist er „an dem Schaden unschuldig"; behält er aber das Thier in seiner Gewehre, so wird er dadurch an dem Schaden schuldig. Er nimmt sich seines mit Blut befleckten Thiers an, und macht dadurch gewissermaaßen die Schuld desselben zu der seinigen, oder wie Stryck **usus mod. Pand. 9. 1. §. 6.** sich ausdrückt: **jam obligatur vi tacitae approbationis, quam recipiendo testatur**, und ist deshalb zum vollen Schadensersatze verpflichtet. Während also die Verpflichtung des Herrn des Thiers zur Schadloshaltung nach dem älteren Rechte unmittelbar aus der Verletzung entspringt, ist sie hier nur eine mittelbare, oder eine Folge davon, daß er das **caput nocens** nicht von sich stößt, sondern es nach wie vor behauset und nährt.

Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn ein bissiger Hund oder wilde Thiere, die Jemand als zahme Thiere hält, einen Schaden anstiften. Hier heißt es im Sachsenſp. Buch 2. Art. 62.:

„Wer einen beißigen Hund hält oder einen zahmen Wolff, oder Bär oder Hirsch oder Affen, der sol den Schaden so sie thun, ersetzen. Will er sich ihrer nach dem Schaden äussern (sie von sich jagen), so ist er damit nicht unschuldig, ob (d. h. wenn) Jemand bezeugen kann, daß er sie bis an die Zeit behalten, da sie den Schaden thaten (hatte er sie mithin früher derelinquirt, so haftet er für den Schaden nicht, weil für herrenlose Thiere Niemand einzustehen braucht)."

So auch im Schwabenſp. Art. 366.:

„Wer behalten einen anfälligen Hund oder einen zamen Wolf oder Hirß oder Beren, wa ſy icht Schaden tunt, das ſol der gelten, des ſie ſeind. Will er ſich ir enziehen, des ſie dann ſeind, damit wird er nit unſchuldig. Wann (denn) es iſt wider recht, wer Gewild bei den Leuten zäm machen wil', das nymmer zäm werden kann".

In dem „beißigen" oder „anfälligen" Hunde haben wir einen Fall der römiſchen pauperies contra naturam sui generis zu betrachten, und im Gegenſatze davon könnte man die ſonſtigen Fälle der Schadenszufügung durch Thiere, z. B. durch Ochſen, Pferde, Schweine u. ſ. w., zur pauperies secundum naturam sui generis zählen. Der Unterſchied zwiſchen dieſen beiden Fällen beſteht darin, daß in dem erſten Falle dem Eigenthümer die Dereliction des Hundes nichts hilft, vielmehr derſelbe für ihn vollen Erſatz leiſten muß. Inſofern weicht abermals das mittelalterliche deutſche Recht von dem römiſchen Rechte ab, wie auch darin, daß es Schadenszufügungen durch wilde Thiere der Beſchädigung durch einen biſſigen Hund gleichſtellt, während das römiſche Recht umgekehrt ſagt: si genitalis sit feritas, cessat actio (pr. Inst. si quadrup. 4. 9.), und nur darüber eine Vorſchrift enthält, wenn Jemand ein wildes Thier an die Straße legt, L. 42. D. de aedil. edicto (21. 1.). Endlich auch kann nicht bezweifelt werden, daß der Sachſen- und der Schwabenſpiegel, abweichend vom römiſchen Rechte, die Verpflichtung des Eigenthümers zur vollen Entſchädigung auf eine Verſchuldung (culpa) des Letzteren gründen. Wer wilde Thiere als Hausthiere gebrauchen will, ſoll, wie ſich der Schwabenſpiegel ausdrückt, wiſſen, daß wilde Thiere nie ganz zahm werden können, und wer „einen beißigen Hund hält" oder „behält", ſoll ihn entweder abſchaffen oder völlig unſchädlich machen. Er hält ſie mithin auf ſeine Gefahr, und haftet daher auch für den casus.

Um das Geſagte kurz zuſammenzufaſſen, hat man bei der pauperies nach deutſchem Rechte zwei Fälle zu unterſcheiden:

1) Der Schaden geſchieht durch ein gezähmtes wildes Thier,

oder durch einen bissigen Hund. Dann hat der Eigenthümer vollständigen Ersatz zu leisten, und dieser Grundsatz kommt noch gegenwärtig in den Herzogthümern Schleswig und Holstein theils nach den beiden Hauptstatuten derselben, dem Sachsenssp. B. 2. Art. 62. und dem Jüt. Lowbuche 2. 36., theils nach dem Nordstrander Landrechte B. 3. Art. 4. und den Stadtrechten von Schleswig Kap. 112., von Flensburg Art. 44., und von Apenrade Art. 47. zur Anwendung.

2) Durch zahme Thiere sind Menschen, oder fremdes Vieh verletzt worden. Dann braucht der Eigenthümer das Thier nur zu derelinquiren, ist mithin nicht einmal zur noxae datio verpflichtet. Durch die Dereliction werden sie herrenlos, mithin darf sie Jederman, folglich auch der Verletzte, occupiren. Allein er ist nicht ausschließlich zur Occupation derselben berechtigt.

Von diesem Grundsatze tritt jedoch nach dem Sachsenspiegel Buch 2. Art. 40. dann eine Ausnahme ein, wenn der Schaden „unter des Knechts oder Gesindes Hut" geschah. Denn alsdann soll der dafür antworten, unter dessen Obsicht es war, d. h. der Knecht oder das Gesinde, da sie den Schaden hätten abwenden sollen, folglich nicht der Eigenthümer. In diesem Satze stimmen auch die mehrsten Land- und Stadtrechte der Herzogth. Schleswig und Holstein überein, nämlich das Eiderstädt. Landrecht Thl. 4. Tit. 6. §. 3., das Husumer Stadtr. Thl. 4. Tit. 1. vgl. mit Tit. 34., und das Friedrichsst. Stadtr. Thl. 4. Tit. 148., wogegen das Jüt. Lowbuch 2. 35., abweichend vom Sachsenspiegel, im Allgemeinen den Eigenthümer zur Entschädigung bei Verletzungen durch zahme Thiere verpflichtet [3]).

Die bisherige Ausführung ergiebt, daß Höpfner [4]) ganz im Irrthum ist, wenn er behauptet, der Sachsenspiegel enthalte die besondere Verordnung, „daß der Eigenthümer eines Schaden zu-

---

3) Berger, Oecon. jur. Lib. 3. Tit. 14. Th. 3. Not. 7. Wernher, Obs. for. T. 2. P. 9. Obs. 56. Schrader, Lehrb. der Schlesw. Holst. Landesrechte, Thl. 3. §. 192.

4) Commentar über die Institut. §. 1171.

fügenden Thiers, es sey wild oder zahm, den Schaden schlechterdings ersetzen müsse, und das Thier nicht an Zahlungsstatt geben könne, wofern er es nicht sogleich, sobald er Nachricht von dem Schaden erhalte, austreibe und derelinquire." Zwar nimmt auch Stryck a. a. O. keinen Unterschied zwischen zahmen und wilden Thieren an; allein wie irrig dieses sey, ergiebt sich schon aus der Vergleichung des Art. 40. mit dem Art. 62. des zweiten Buchs des Sachsenssp., wo beide Fälle nach verschiedenen Grundsätzen beurtheilt werden. Auch Glück[5] drückt sich hier viel zu allgemein aus, indem er nicht zwischen wilden und zahmen Thieren unterscheidet.

§. 20.

Bei Verletzungen durch Sklaven galten nach älterem deutschen Rechte im Ganzen die nämlichen Grundsätze, wie bei Schadenszufügungen durch Thiere (§. 19); nur daß in mehreren Volksrechten die noxae datio bestimmter und schärfer wie dort hervortritt. Das Prinzip, worin sich die mehrsten und deutlichsten Stellen vereinigen, scheint das gewesen zu seyn, daß der Herr für Delicte seiner Sklaven zum einfachen aber vollen Schadensersatze (Wehrgeld ohne fredum oder Wette) verpflichtet war [6], daneben aber der Sklave bestraft werden konnte [7], wodurch er dem Kläger und der Obrigkeit büßte [8], wenn ihn nicht der Herr loskaufte [9]. Doch stand dem Herrn nach mehreren Rechtsbüchern das Recht der noxae datio zu, und daraus entwickelte sich der Grundsatz,

---

5) Commentar, Thl. 10. S. 301 — 2.

6) Lex Burg. Tit. 4. §. 4. Tit. 23. §. 1. Tit. 27. §. 5. Tit. 63 §. 2. Albrecht, a. a. O.

7) Lex Burg. cit. und Tit. 4. §. 2. Lex Salic. Tit. 13. Tit. 29. §. 6. Tit. 43. Grimm, a. a. O. S. 659.

8) Lex Sal. Tit. 30. §. 6. Capit. de villis cap. 4. Leg. Roth. 284.

9) Lex Fris. Tit. 3 §. 7. Leg. Roth. 374.

daß der Herr überhaupt zu nichts mehr verpflichtet sey, als den Werth des Sklaven zu erlegen. So z. B. heißt es in der Lex Burgund. Tit. 21. §. 2:

Dominus ejus aut pro eodem satisfaciat, aut servi ipsius, si maluerit, faciat cessionem.

Ferner in der Lex Alem. Tit. 31. §. 2:

Dominus aut redimat eum quantum valet, aut ipsum tradat.

und in den Capit. reg. Franc. Lib. 4. Tit. 13:

Dominus ejus, juxta quod wirgildus illius est, ad ecclesiam persolvat, aut eum, si voluerit, eidem ecclesiae tradat.

Diese Idee: entweder noxae datio oder Erlegung des Werths des Sklaven ist dem römischen Rechte durchaus fremd, und kommt auch sonst in den germanischen Rechtsquellen nicht vor. Eben so wenig darf die noxae datio, wie sie hier im Sinne des römischen Rechts vorkommt (faciat cessionem servi, tradat eum), mit der bei Schadenszufügungen durch zahme Thiere oder leblose Gegenstände vorkommenden Dereliction verwechselt werden. Denn so wie nach dem Sachsenssp. (§. 19.) die Dereliction den Eigenthümer des wilden Thiers oder bissigen Hundes nicht von der Verpflichtung zum Ersatze befreiet, so konnte sich auch der Herr des Sklaven durch die Dereliction desselben nicht von der Ersatzpflicht befreien, sondern er mußte für ihn antworten, wie es in den Leg. Car. Magni 26. ausdrücklich heißt.

§. 21.

Auch über Verletzungen durch leblose Gegenstände (Sachen im engeren Sinne) enthalten die deutschen Rechtsbücher eigenthümliche Bestimmungen. Die Lex Ripuar. Tit. 70. §. 1. anerkennt keine Verpflichtung zum Schadensersatze in diesen Fällen, wohl aber soll der Eigenthümer die Schaden bringende Sache derelinquiren, und thut er dieses nicht, so haftet er dann für den Ersatz, jedoch ohne Strafe. Es heißt dort:

Si quis homo a ligno seu aliquolibet manufactili fuerit interfectus, non solvatur; nisi forte quis auctorem interfectionis in usus proprios adsumpserit, tum absque fredo culpabilis judicetur.

Die Idee, die dieser Bestimmung zum Grunde liegt, ist eine alt-religiöse. Sachen, die durch Menschenblut verunreinigt sind, sollen nicht mehr zu menschlichen Zwecken verwendet werden, und deshalb, vielleicht auch zur Sühne der Verwandten, wurden auch bei den Griechen Bildsäulen (Hermen), die einen Menschen getödtet hatten, ins Meer gestürzt. Dieselbe Idee findet sich auch in dem Sachsen- und Schwabenspiegel bei Tödtungen von Menschen durch Thiere ausgesprochen (§. 19.). Wer das caput nocens behält, hat Ersatz zu leisten, weil er dadurch die fremde Schuld gewissermaaßen zu der seinigen macht.

So bemerkt auch Schrader in seinem Lehrb. der Schlesw. Holst. Landesrechte Thl. 3. §. 192.: „rücksichtlich der durch leblose Körper verursachten Beschädigungen zeichnen sich die Stadtrechte von Schleswig Art. 94., Flensburg Art. 46. und Apenrade Art. 49. aus, wenn sie den durch einen Balken verursachten Todschlag mit 9 Mark Lübisch alsdann büßen lassen, wenn der Bauherr sich desselben entäussert, widrigenfalls aber diesen mit dem Werthe seines Hauses selbst verantwortlich machen." Diese Worte sind freilich zweideutig, sollen aber wohl sagen: veräußert der Eigenthümer den Balken (auctor interfectionis), so soll er mit 9 Mark büßen, verwendet er ihn weiter zum Bauen, so haftet er mit dem Werthe seines Hauses für den Schaden. Um beides zu vermeiden, braucht er nur den Balken zu derelinquiren, wie es schon die Lex Rip. l. c. bestimmt. Doch kann, wie nicht zu läugnen ist, der Sinn jener Worte auch ein anderer seyn.

In diese Categorie gehören auch die noch heut zu Tage im englischen Rechte vorkommenden deodans, d. h. Confiscationen von beweglichen leblosen Sachen, welche durch ihre Bewegung, ohne Verschuldung eines Menschen, Jemanden getödtet haben. Ursprünglich verfielen solche Gegenstände an die Kirche (omnia quae movent ad mortem, Deo danda sunt), um dafür See-

lenmessen für den Getödteten zu halten, später an den König, um zu frommen Zwecken verwendet zu werden. Ueber die hier vorkommenden Unterscheidungen, wie z. B. ob die Sache stehend oder in der Bewegung war, ob das Schiff in der See oder im süßen Wasser einen Menschen tödtete u. s. w., muß man freilich erstaunen[10]! Wie sich aus Blackstone ergiebt, so ist diese Lehre im englischen Rechte durch Doctrin und Praxis bis in das feinste Detail ausgebildet. Sie gehört zu denjenigen „Misbräuchen und unvernünftigen Gewohnheiten, so an etlichen Orten und Enden gehalten werden", die durch den Art. 218. der P. G. O. verbis: „Item so eyn furman mit einem wagen umbwürffe, und eynen unversehenlich tödt, das alsdann derselbig furman der Oberkeyt mit wagen, pferden und güttern verfallen seyn soll u. s. w." abgeschafft wurden. Vgl. Böhmer zum Art. 218. S. 946., und Kreß zu dems. S. 786—87., welcher letztere gegen Zieritz bemerkt, daß diese Confiscationen nicht nach Analogie der Bestrafung von Thieren zu beurtheilen seyen, sondern mit andern Grundsätzen zusammenhingen. Nach dem Lübschen Rechte 4. 3. Art. 3. hat, wenn der schuldige Fuhrmann flüchtig geworden ist, der Eigenthümer des Wagens und der Pferde für den Schaden zu haften, kann sich aber durch noxae datio derselben von dieser Verbindlichkeit befreien.

Endlich ist hier noch, und zwar ganz besonders, der Fall hervorzuheben, wenn zugleich mehrere Eigenthumsgegenstände zusammenstoßen, und dadurch ohne alle Schuld der Eigenthümer entweder das eine oder beide Objecte verletzt werden, wie z. B. wenn der Sturm zwei Schiffe gegeneinander treibt. Hier kann nach dem römischen Grundsatze: casus a nemine praestantur, kein Ersatz verlangt werden, allein das deutsche Recht befolgt hier ein anderes Prinzip, indem es eine halbschiedliche Theilung anordnet[11]). So z. B. heißt es in den Capit. reg. Franc. Lib. 6. §. 17.:

---

10) Blackstone, Com. Lib. 1. Cap. 3. p. 400 f. Bentham Théorie des peines. Lib. 4. Sect. 7.

11) Tönsen a. a. O. S. 307. S. 306—91.

Si bos alienus bovem alterius vulneraverit et ille mortuus fuerit, vendent bovem vivum, et dividunt pretium et cadaver. Si autem sciebat dominus ejus, quod bos vitiosus erat et noluit eum custodire, reddat bovem pro bove et cadaver integrum accipiat.

Eben so im Schwabenſp. Kap. 151. §. 13.:

„Und iſt das eyn Ochs den andern wundet, das er ſtirbt vor dem vierden dage, ſo ſol man den lebenden Ochſen und den awaſel (Cod. Uf.: thoten Ochſen) verkaufen, und ſol das theylen. Wußte aber eyner, des der lebenden Ochs was, daß ſeine horen ſchädlich waren, ſo ſol eynem der lebendig Ochs werden und der tod (Cod. Jung.: und der anwaſel; ed. Senk.... halb werden und der aweſel gar)."

Hieran ſchließt ſich die noch gegenwärtig von den mehrſten handeltreibenden Völkern anerkannte Rechtsregel, daß der durch gegenſeitiges, von beiden Seiten unverſchuldetes Aneinanderſtoßen zweier Schiffe entſtandene Schaden halbſchiedlich zu theilen ſey. Auch auf dieſes Zeugniß beruft ſich Tönſen a. a. O., und es gehört allerdings auch hieher, obgleich über das ſ. g. An- oder Ueberſeglen der Schiffe ſehr verſchiedene Beſtimmungen beſtehen[12]). In einer anderen Form kommt das Theilungsprinzip, wie oben (§. 19.) bemerkt wurde, beim Fauſtpfande vor, wenn daſſelbe durch casus zu Grunde ging.

§. 22.

4. Rückblick auf das Syſtem des germaniſchen Rechts und Prüfung deſſelben.

Faſſen wir die ſeither entwickelten Grundſätze des deutſchen Rechts in Kürze zuſammen, ſo gehen ſie im Weſentlichen dahin: der Strafzwang iſt, wie dies ſchon die altgermaniſchen Volksrechte rückſichtlich der faida ausſprechen, und der Art. 179. der P. G. O. beſtätigt, durch die Zurechenbarkeit der Handlung be-

12) Martens, Grundriß des Handelsrechts ꝛc. §. 190. Meno Pöhls, Darſtellung des Seerechts. III. S. 777—809.

dingt. Was dagegen den Entschädigungs-Zwang betrifft, so muß man zwischen casuellen Verletzungen ausserhalb und im Obligationsnexus unterscheiden. In dem ersten Falle hat derjenige, welcher den unverschuldeten Schaden verursacht hat, *ihn als ein Unglück zu tragen*, mithin dem Verletzten Ersatz zu leisten (§. 14.); in dem zweiten Falle dagegen tritt *je nach der Natur des Vertrags* bald eine Verpflichtung zur Entschädigung, bald nicht ein (§. 15—18.). Das Prinzip der Zurechnung kommt mithin in beiden Fällen nicht zur Sprache, und daher kann es um so weniger zweifelhaft seyn, daß auch der reipersecutorische Zwang aus Delicten, der Vindications-Zwang und das Selbstvertheidigungsrecht gegen willenlose Subjecte (§. 4.) für zulässig gehalten wurden. Auch über die Verpflichtung des Herrn eines Schaden zufügenden Thiers oder einer leblosen Sache stellt sowohl das ältere, als das mittelalterliche deutsche Recht wesentlich vom römischen Rechte abweichende Grundsätze auf (§. 19—21.).

Fragen wir nun vorerst, in wiefern es sich rechtfertigen lasse, daß das deutsche Recht bei Verletzungen durch absolut oder relativ unzurechnungsfähige Personen eine Verpflichtung zur Entschädigung anerkennt: so nehmen zwar diejenigen, welche sich auf dem Standpuncte des römischen Rechts befinden, einen großen Anstoß daran, und meinen zur Entschuldigung des deutschen Rechts genug gethan zu haben, wenn sie nur historisch nachweisen, wie dasselbe zu einem so grundfalschen Prinzipe gelangen, und so lange daran festhalten konnte. Man hört dabei häufig von rohen, unentwickelten Ideen desselben reden, die erst durch den Einfluß des canonischen und römischen Rechts ihre Läuterung erhalten hätten, ohne jedoch zu bedenken, daß, wie schon die Unterscheidung zwischen dem Straf- und dem Entschädigungs-Zwange bei einer und derselben Handlung (componat absque faida), und die feine Theorie vom Tragen des casus in obligatorischen Verhältnissen, endlich auch das keineswegs aus einer bloßen Verlegenheit hervorgegangene Prinzip der halbschiedlichen Theilung bei gewissen Verletzungen ausserhalb und im Obligationsnexus ergeben, die Ideen des germanischen Rechts nicht so roh und unausgebildet seyn kön-

ten, als wofür man sie so häufig ausgiebt. Wenn daher der Verf. es unternimmt, das was für die Ansicht des germanischen Rechts in jener Beziehung geltend gemacht werden kann, vorzutragen, um dadurch in den Stand gesetzt zu werden unpartheiisch die Gründe für und wider abzuwägen: so geschieht dies keineswegs vom Standpuncte des s. g. rohen Verstandes, woraus man in unsern Tagen ohnehin leicht zu viel abzuleiten geneigt ist [1]), sondern vom Standpuncte des gemeinen, aber dabei gesunden Menschenverstandes, auf welchem sich auch unsere Vorfahren befanden, und zu deren Ruhme es sicher gereicht, daß das rechtsphilosophische System eines Kant zu dem nämlichen Resultate mit dem ihrigen führte (§. 29.), und daß gestützt auf diese Auctorität, das gallizische und das österreichische Gesetzbuch, so wie das preußische Landrecht, sich mehr zu der Ansicht des germanischen als des römischen Rechts hingeneigt haben.

Es fragt sich hier, soll der Schade denjenigen treffen, der ihn unverschuldet zugefügt, oder denjenigen, welcher ihn eben so unverschuldet erlitten hat? Versetzt man sich in die Lage des Thäters, so wird man es freilich hart finden, daß zu seinen Leiden noch ein neues Leiden hinzukommen soll; was die neueren Juristen durch den Satz: ne afflicto addatur afflictio ausdrücken. Allein man versetze sich doch auch in die Lage des unschuldig Verletzten und frage sich, weshalb denn er unter der Unvernunft Anderer leiden soll, wenn diese im Stande sind den angestifteten Schaden aus ihrem Vermögen zu ersetzen? Einer von beiden muß freilich das Unglück tragen. Allein ist es nicht natürlicher, daß es derjenige trägt, welcher es verursacht und in dessen Person es sich ereignet hat, als derjenige, in dessen Person es sich nicht ereignet hat? Auch paßt der Satz: ne afflicto addatur afflictio nur auf gemüthskranke Personen. Hier haben wir es aber nicht blos mit diesen zu thun, sondern auch mit Kindern und mit an sich zurechnungsfähigen Personen, welche eine nicht zurechenbare Verletzung verübt haben. Von den furiosis sagt

1) Falk, juris. Encyklopädie. §. 144. Anm. 15.

zwar auch das römische Recht: furore ipso satis puniuntur, und fati infelicitas eos excusat, so wie vom infans: innocentia consilii eum tuetur. Allein abgesehen davon, daß diese Gründe nur die strafrechtliche Seite betreffen (§. 1.), so fragt es sich eben, ob nicht das römische Recht durch die Ausdehnung derselben auf die civilrechtliche Entschädigung, die Pflichten der Barmherzigkeit — die es doch sonst aus dem Gebiete des Rechts in das der Moral verweist (§. 13.) — mit den Pflichten des Rechts oder den juridischen Pflichten verwechselt habe? Ja man könnte fragen, weshalb im Gefühle des Mitleids und der Barmherzigkeit das römische Recht nicht auch die Verwundung oder Tödtung eines Wahnsinnigen im Stande der Nothwehr untersage, wie dies von seinem moralischen Standpuncte z. B. Romagnosi (§. 28.) thut? Denn auf dem Gebiete der Entschädigung handelt es sich ja nur um Geld, mithin um ersetzbare Güter, bei der Nothwehr hingegen um unersetzliche Güter des Verletzten. Allein darin wird wohl Niemand im Ernste dem römischen Rechte eine Inconsequenz vorwerfen wollen, und es sich eben so wenig in den Sinn kommen lassen, in der Heinroth'schen Theorie von der selbstverschuldeten Unzurechnungsfähigkeit (§. 5.) eine Unterstützung der germanischen Rechtsansicht zu finden. Denn dann müßte man auch das germanische Recht tadeln, daß es gemüthskranke Personen mit der Strafe verschont.

Zwar scheint es, um auch diesen Einwand geltend zu machen, widersprechend zu seyn, eine und dieselbe Handlung rücksichtlich der Strafe und des Schadensersatzes nach entgegengesetzten Grundsätzen zu beurtheilen, d. h. den Thäter in der einen Beziehung für nicht schuldig, in der andern hingegen für schuldig zu erklären (§. 13.). Allein, wenn man auch diesen Widerspruch in Beziehung auf das römische Recht zugeben muß, weil es actiones mixtae, d. h. Klagen, die zugleich reipersecutorische und Pönalklagen sind, anerkennt: so nahm dagegen das deutsche Recht, dem solche Klagen fremd waren, keinen Anstand den Satz auszusprechen: componat absque faida, und darin liegt auch kein Widerspruch. Denn es ist damit ja nur gesagt, daß der Thäter nur einfach, und nicht doppelt schuldig

sey. Diese einfache Schuldigerklärung gründet sich darauf, daß Strafe und Schadensersatz auf einem ganz verschiedenen Rechtsgrunde beruhen (§. 2.); und wenn sie in Folge dieses verschiedenen Rechtsgrundes ohne Widerspruch neben einander bestehen können, so folgt daraus noch nicht, daß sie immer neben einander zur Anwendung kommen müssen. Es giebt vielmehr, sagt das germanische Recht, Handlungen, welche in der Regel Schadensersatz und Strafe zugleich zur Folge haben, allein unter gewissen Voraussetzungen nur eine Forderung auf Ersatz begründen. Wie sollte nun aber in dem Nachlasse der Strafe an sich, und überhaupt in der verschiedenen Beurtheilung der Strafe und der Entschädigung etwas Widersprechendes enthalten seyn? Stellt doch auch das römische Recht den Grundsatz auf, daß Grade der Verschuldung nur bei jener, nicht auch bei dieser anzunehmen seyen, mithin eine und dieselbe Handlung rücksichtlich des Criminal- und des Civilpuncts nach entgegengesetzten Grundsätzen beurtheilt werden könne! Der Schade, setze man, ist sehr beträchtlich, die Schuld sehr gering, und hievon ist die Folge — großer Ersatz und kleine Strafe. Kann man nun mit dem römischem Rechte sagen, der Thäter sey bei einer und derselben Handlung mehr, beziehungsweise minder schuldig, so kann es auch nicht anstößig seyn, mit dem germanischen Rechte zu sagen, der Thäter sey in der einen Beziehung für schuldig, in der andern für nicht schuldig zu halten, d. h. nur einfach schuldig, weil ihm aus besondern Gründen die Strafe zu erlassen sey. Und wie häufig sind nicht auch unsere Gerichte genöthigt, das Schuldig und Nichtschuldig zugleich in Beziehung auf eine und dieselbe Handlung auszusprechen! Denn wenn z. B. vermöge des Adhäsionsprocesses der Verletzte seine Forderung auf Ersatz vor dem Criminalgerichte verfolgt, oder wenn beide Processe abgesondert vor verschiedenen Gerichten (dem Criminal- und dem Civilgerichte) verhandelt werden, so kann die Entscheidung über den Criminal- und über den Civilpunct ganz verschieden ausfallen, wovon der Grund theils in der Verschiedenheit des Grundprinzips beider Processe, theils in der abweichenden Form des Verfahrens, theils endlich in der Ver-

schiedenheit der Beweismittel liegt. So z. B. kennt der Strafproceß nicht, gleich dem Civilproceſſe, den Schiedes- und den Würderungseid als Beweismittel. Eben so äußert sich das Bekenntniß in beiden Proceßarten auf eine verschiedene Weise, u. s. w. Daher kann in Beziehung auf eine und dieselbe Handlung der Thäter von dem nämlichen Gerichte zur Strafe verurtheilt, aber von dem Schadenserſatze freigesprochen, und umgekehrt zum Ersatze verurtheilt, aber rücksichtlich der Strafe von der Instanz entbunden werden; oder er kann zur Strafe des kleinen Diebstahls verurtheilt, aber rücksichtlich des Ersatzes zu einer bedeutenden Entschädigung verurtheilt werden, u. s. w. Und daran pflegt unser juridischer Verstand keinen Anstoß zu nehmen, vielmehr diese entgegengesetzte Beurtheilung ganz natürlich zu finden.

Historisch betrachtet erklärt sich, wenn man die zwischen dem Straf- und dem Entschädigungs-Zwange bestehende innere Aehnlichkeit (§. 1.) berücksichtigt, die Ansicht des germanischen Rechts wohl daher, daß während im römischen Strafrechte der subjective Gesichtspunct der Strafbarkeit der vorherrschende war, und von diesem auch auf den Entschädigungs-Zwang überging, umgekehrt im deutschen Strafrechte der objective Gesichtspunct der Strafbarkeit vorherrschend war, und es um so mehr auch bei dem Entschädigungs-Zwange werden mußte, da nach dem älteren deutschen Rechte die Strafe in einer bloßen Privatsatisfaction bestand, mithin Strafe und Ersatz in dem nämlichen Objecte (Geld) zusammentrafen. Doch galt darum kein unbedingter Schluß von dem Ersatze auf die Strafe, sondern beide konnten auch getrennt vorkommen.

So viel über diesen Gegenstand. Werfen wir jetzt noch einen Blick auf das vom römischen Rechte so sehr abweichende System des deutschen Rechts vom Tragen der Gefahr im Obligationsnexus, so finden wir, daß sich dasselbe durch seine, auf der Natur der besonderen Vertragsverhältnisse und auf Gründen der Billigkeit beruhende Unterscheidungen so vortheilhaft vor dem durchgreifenden Prinzipe des römischen Rechts auszeichnet, daß es auch noch jetzt in legislativer Hinsicht manche beachtungswerthe Seiten darbietet. Die darin vorkommenden Lücken sind freilich nicht zu ver-

kennen, dürften jedoch einer Ausfüllung im gleichen Geiste fähig seyn, was zu versuchen hier jedoch nicht der Ort ist. Weitere Betrachtungen darüber anzustellen, scheint nach den obigen Bemerkungen (§. 15 f.) überflüssig. Eben so wenig will der Verf. hier auf die Frage eingehen, ob bei Verletzungen durch Thiere das römische Noralsystem oder das deutsche Prinzip der Derelict ion, beziehungsweise des Ersatzes, den Vorzug verdiene. Denn beide Systeme sind auf Ansichten der Vorzeit gegründet, welche längst nicht mehr anerkannt werden.

Drittes Kapitel.

Von der heutigen Anwendbarkeit der Grundsätze des deutschen Rechts, und den Ansichten der neueren Legislationen über das Tragen des casus.

§. 23.

Die Frage: ob und in wie weit die seither entwickelten Grundsätze des mittelalterlichen deutschen Rechts auch noch gegenwärtig zur Anwendung zu bringen seyen, ist eine Frage, worauf sich die neueren Juristen entweder gar nicht oder auf ungenügende Weise eingelassen haben, indem sie es als einen ausgemachten Satz ansehen, daß das römische Recht nicht nur thatsächlich die entgegenstehende Ansicht des germanischen Rechts verdrängt habe, sondern auch einen unbedingten Vorzug vor der letzteren verdiene. Wie diese Ansicht (welche freilich von Zeit zu Zeit auch kräftige Gegner fand) entstehen konnte, und wirklich entstand, läßt sich leicht nachweisen. Sie hängt mit der überwiegenden Vorliebe der Deutschen für das Studium und die Ansichten des römischen Rechts überhaupt zusammen. Schon in der Glosse zum Sachsenspiegel zeigt sich das Bestreben, die deutsch-rechtlichen Bestimmungen über den casus auf eine in der Regel sinnlose Weise der Auctorität des rö-

mischen Rechts unterzuordnen, oder doch beide — auf eine wo möglich noch sinnlosere Weise — mit einander in Einklang zu bringen. Und nicht besser verfuhren die späteren Ausleger von Partikularrechten, in welchen sich die Grundsätze des deutschen Rechts erhalten hatten, wie z. B. selbst ein Mevius (§. 17.) in seinem Commentare zum revidirten Lübschen Rechte. Je mehr nun in den zahlreichen, seit dem 16ten Jahrhunderte unter dem Einflusse römisch gebildeter Redactoren in Deutschland entstandenen Partikularrechten die Grundsätze des römischen Rechts zur Anwendung gelangten, je mehr das deutsche Recht überhaupt in wissenschaftlicher Beziehung vernachläßigt wurde, und je mehr durch den Einfluß des römischen und canonischen Rechts die frühere materielle Ansicht von der Strafe sich vergeistigte: um so mehr konnte sich die auf dem Prinzipe der Imputation beruhende Lehre des römischen Rechts vom casus über ganz Deutschland verbreiten, und um so geneigter war man, die entgegenstehende deutsch-rechtliche Ansicht als bloßen Folgesatz eines im Strafrechte längst untergegangenen, folglich auch auf das Civilrecht unanwendbar gewordenen Prinzips, nämlich des Prinzips des objectiven Maaßstabes, welches man dem römischen Rechte kaum unter die Augen zu stellen wagte, zu betrachten. Anfangs trug man noch die abweichenden Grundsätze des einheimischen Rechts in den Schriften über das römische Recht als usus modernus vor, allein später verschwand auch diese Form, und seit vielen Decennien finden sich die Grundsätze desselben weder in den gangbaren Lehrbüchern über das römische, noch über das deutsche Privatrecht vor. In jenen nicht, weil die Romanisten sie als längst abgeschafft betrachten; in diesen nicht, weil die Germanisten das deutsche Privatrecht auf die Darstellung der Institute germanischen Ursprungs beschränken, und in Betreff der bloßen Modificationen des römischen Rechts auf die Schriften über das Letztere verwiesen, aus welchen jedoch der usus modernus längst verschwunden ist.

Erwägt man nun den bedeutenden Einfluß, den die Schriften und Commentare über das römische Recht in der deutschen Praxis erlangten, so konnte schon ihr bloßes Stillschweigen über die Ansichten des einheimischen Rechts zur Folge haben, daß Letztere

zuletzt, wie in der Theorie, so auch in der Praxis in völlige Vergessenheit geriethen. Merkwürdig bleibt unter diesen Umständen das Bestreben vieler und zwar selbst angesehener Romanisten, die römisch-rechtliche Theorie über den casus, wenigstens im Einzelnen (S. 117—18), als vernunftwidrig und unbillig darzustellen, ohne daß sie jedoch, wie sie es hätten thun können und sollen, sich zur Unterstützung ihrer Ansicht auf die Auctorität des einheimischen Rechts berufen, und die Anwendung desselben empfohlen hätten. Ihre Interpretationsversuche auf dem Gebiete des römischen Rechts sind freilich häufig nicht viel besser, als die entgegenstehenden Versuche der Glosse zum Sachsenspiegel und des Mevius zum Lübschen Rechte, allein immerhin eine beachtungswerthe Erscheinung.

Wir haben jetzt die Ansichten der älteren und neueren Juristen über die Anwendbarkeit des deutschen Rechts auf dem Gebiete des casus in Kürze mitzutheilen.

§. 24.

1. Verletzungen aus unzurechnungsfähigen Handlungen freier Wesen.

Was zuerst die Frage über Verletzungen durch absolut unzurechnungsfähige Subjecte (§. 14.) betrifft, so kann Thomasius in seiner bekannten Dissertation: larva legis Aquiliae detracta, Halle 1703. §. 62, als derjenige Schriftsteller bezeichnet werden, welcher zuerst mit Scharfsinn und Gelehrsamkeit den Vorzug der deutsch-rechtlichen Ansicht vor der des römischen Rechts in dieser Lehre verfocht. Seiner Ansicht folgten auch Andere, z. B. Heineccius [1]), mit dem Bemerken, es sey gewiß, actionem hodiernam de damno dato (im Gegensatze der actio legis Aquiliae) etiam adversus furiosos et infantes dari, eatenus ut damnum ab iis datum ex eorum bonis resarciatur. Denn theils sey dieser Grundsatz ausdrücklich in den deutschen Rechtsquellen ausgesprochen, theils falle heut zu Tage die actio legis Aquiliae, als reiperse-cutorische und Privatpönalklage, ganz weg, und mit ihr alle Folgerungen aus dieser Klage; welche letztere Behauptung jedoch

ganz unerweislich ist. Auch Schmid [2]), Schaumburg [3]), Hommel [4]) und Tevenar [5]) haben sich unter Berufung auf das deutsche Recht für diese Ansicht erklärt. Stryck [6]) hingegen entfaltet hier, gestützt auf die Auctorität großer Vorgänger, eine merkwürdige Interpretation. Er meint, nach sächsischem Rechte könne es freilich zweifelhaft scheinen, ob nicht der Vormund eines Kindes zum Ersatze (Wehrgelde) des durch dasselbe angestifteten Schadens aus dessen Vermögen angehalten werden könne, indem der Art. 65. des zweiten Buchs des Sachsenspiegels dieses ausspreche. Allein das Wehrgeld setze, auctore Carpzovio Prax. rer. crimin. P. 1. Qu. 27. Nr. 51 sq. immer culpa voraus (!), falle mithin beim homicidium casuale weg, Philipp, us. pract. Inst. 4. 15. Nr. 5 sq.; daher könne denn unter dem Ausdruck „Kind" nur ein impubes, welcher pubertati proximus sey, verstanden werden, wie Carpzov a. a. O. Qu. 143. Nr. 15., Philipp a. a. O., und Köler Decis. P. 1. Dec. 162. Nr. 1. mit Recht annähmen. Danach habe der Leipziger Schöffenstuhl im August 1669 folgendermaßen erkannt:

„Dieweil aber dennoch der Thäter nach seines Vatere Bericht, als er dieses begangen, 9 Jahre seines Alters noch nicht überschritten gehabt und also noch ein Kind, welches delinquendo sein Leib und Leben nicht verwirken kann, auch bewährter Rechtslehrer Meinung nach, weil es nicht pubertati proximus, in Entleibungssachen nicht einmal zur Bezahlung des Wehrgeldes verbunden: so mag er deswegen mit einiger Strafe nicht belegt, viel weniger zur Erstattung der Proceßkosten angehalten werden."

Diese von Stryck beigebrachten Gründe sind so unglaublich schwach, daß sie keiner Widerlegung bedürfen. Hat doch Stryck nicht einmal bedacht, daß die älteren Quellen Kinder und Thoren

1) Elem. jur. Germ. Lib. 2. P. 2. Tit. 21. §. 96.
2) Inst. jur. civ. §. 423.
3) Comp. Digestor. Lib. 9. Tit. 1. §. 3.
4) Rhaps. observ. Nr. 567.
5) Versuch über die Rechtsgelahrtheit. §. 58.
6) Usus mod. Pand. 9. 1. §. 3.

(gemüthskranke Personen) einander gleichstellen (§. 14.), und daß auf die Letzteren die Distinction, wie sie bei Kindern gemacht wird, ganz unanwendbar ist.

Von Quistorp [7]) wird wohl Niemand triftigere Gründe erwarten. Er begnügt sich damit, auf Westphal [8]) zu verweisen, welcher dargethan habe, „daß diejenige Meinung, vermöge welcher die Vergütung des Schadens aus dem Vermögen eines der Vernunft beraubten Menschen, der jenen verursacht habe, der Analogie der Rechte überall nicht gemäß sey." Zugleich bemerkt er unter Berufung auf Carpzov, Leyser, Berger und Schröter, daß auch die neuere sächsische Praxis eine solche Verpflichtung nicht anerkenne; aus welchen Gründen, ist aus Struck zu entnehmen.

Weber in seiner Schrift über die natürliche Verbindlichkeit, S. 276. beruft sich darauf, daß „vermöge des Naturrechts der Beschädigte keine gegründete Forderung auf Ersatz habe, es mithin einer bestimmten Vorschrift des positiven [insofern unvernünftigen] Rechts bedürfte, wenn er dazu berechtigt seyn sollte. Eine solche finde sich auch wirklich in dem Sachsen- und Schwabenspiegel, so wie neuerdings in dem preußischen Landrechte, jedoch in dem letzteren mit billigem Vorbehalte in Ansehung des Unterhalts und der Erziehungskosten ausgesprochen." Davon, daß die Bestimmungen des Sachsen- und des Schwabenspiegels ausser Gebrauch gekommen seyen, und aus welchen Gründen, schweigt Weber ganz.

§. 25.

Wenden wir uns jetzt zu den Bestimmungen der neueren Legislationen, so scheint:

1. das Gesetzbuch Christians 5. für Dänemark (Danske Lov) und für Norwegen (Norske Lov) die Bestimmung des Jütischen Lowbuchs Lib. 2. cap. 50. (qui nondum decimam quintam aetatis hyemem exegit, ei tantum contra quem commisit satisfacit, non regi nec episcopo, praeterquam in causa homicidii) aufgehoben zu haben, indem in

7) Grundsl. des deutschen peinl. Rechts. §. 38.

8) Criminalrecht. S. 23. §. 16 — 20.

Lib. 1. cap. 24. §. 9. das Wörtchen: vorsätzlich (forsaetligen) eingeschaltet ist. Es heißt nämlich dort: „Barn, som er under sine femten Aar, boeder Skaden til den, som han fortsaetligen haver forbrudt sig imod, og ikke til Husbonden, uden for Manddrab allene"; d. h. ein Kind, welches unter 15 Jahren ist, hat demjenigen den Schaden zu ersetzen, den es vorsätzlich verletzt hat, nicht auch seinem Dienstherrn, ausser bei der Tödtung. Gleichwohl besteht in der dänischen und norwegischen Praxis noch immer das alte Prinzip (§. 14.), daß Verletzungen durch Kinder und Wahnsinnige eine Forderung auf Entschädigung, und zwar unbedingt, begründen. Auch die Doctrin ist für diese Ansicht, indem namentlich Nörregaard [9]) und Hurtigkarl [10]) zu erweisen gesucht haben, daß das Wort „vorsätzlich" hier nicht in der gewöhnlichen Bedeutung gemeint seyn könne, da Kinder weder frei noch vorsätzlich im eigentlichen Sinne des Worts handeln könnten, daher man denn unter diesem Ausdrucke nur ein „mit Selbstwirksamkeit verbundenes" Handeln verstehen könne. Allein abgesehen davon, daß diese Auslegung eben so sehr dem Sprachgebrauche widerstreitet als sie erzwungen ist, so heißt es doch in der That zu viel behaupten, daß Kinder unter 15 Jahren nie doli capax seyn können. Dies wird z. B. schon durch Lib. 6. Cap. 6. §. 19. widerlegt, wo Kindern zwischen 10 und 14 Jahren eine Strafe angedroht, und auf sie der Satz des römischen Rechts: si malitia suppleat aetatem, und der P. G. O. Art. 164: erfüllte die Bosheit das Alter, angewendet wird. Vgl. auch Lib. 7. cap. 17. §. 48. Tönsen [11]) meint dagegen, man könne das Wörtchen „vorsätzlich" sehr wohl in seinem gewöhnlichen Wortverstande nehmen, wenn man nur eine andere Stelle, nämlich Lib. 6. cap. 6. §. 17 — 18. damit verbinde, wodurch die Ansicht von Nörregaard und Hurtigkarl

9) Foreläsninger over den danske og norske Privatret. Kopenh. 1787. Bd. 3. §. 657.

10) Den danske og norske Privatrets förste Grunde. Kopenh. 1817. Bd. 2. Thl. 2. §. 3.

11) a. a. O. S. 233.

bestätigt werde, indem es dort heiße, daß wenn Rasende oder Kinder unter zehn Jahren Jemanden erschlagen, sie zwar nicht am Leben bestraft werden, aber verbunden seyn sollen, an die Erben des Verstorbenen volle Mannbuße zu erlegen. Allein dann bestände ja statt einer Vereinigung, vielmehr ein Widerspruch zwischen beiden Stellen. Denn die erste setzt dolus, mithin Zurechnungsfähigkeit voraus, die zweite hingegen nicht.

Die Sache dürfte sich wohl folgendermaßen verhalten. Das Jüt. Lowbuch a. a. O. spricht als Regel aus: ein Kind unter 15 Jahren büßet nur demjenigen, den es verletzt hat, nicht aber auch dem Könige noch dem Bischofe, fügt jedoch als Ausnahme hinzu die Tödtung (praeterquam in casu homicidii); und den Kindern setzt die Blüting'sche Glosse Unwitzige, Alberne und Thoren, mithin Gemüthskranke, gleich. Was nun vorerst die Regel betrifft, so ist sie durch das Gesetzbuch Christ. 5. aufgehoben worden, und der Zusatz „vorsätzlich" wohl auf Rechnung des römischen Rechts zu setzen. Unter Vorsatz ist aber wohl Zurechnungsfähigkeit überhaupt, mithin Zurechnung zum dolus oder zur culpa zu verstehen. Was hingegen die Ausnahme betrifft, so besteht diese auch noch jetzt. Denn es heißt Lib. 6. cap. 6. §. 17—19.: „Wenn ein Wahnsinniger oder Rasender einen andern tödtet, so soll er zwar nicht am Leben gestraft werden, aber von dem, was er hat und noch bekommen wird, den Erben des Getödteten volle Mannbuße von dreimal 18 Loth Silber zahlen (§. 17.). Das Gleiche gilt von Kindern unter 10 Jahren, die eine Tödtung verübt haben (§. 18). Ist dagegen der Thäter zwischen 10 und 14 Jahren, so verfällt sein Erbtheil (Hovedlod) den Erben des Getödteten und seinem Dienstherrn, und er soll ausserdem gezüchtigt werden (§. 19.)." Hiernach stellt sich das Resultat heraus: Kinder unter 15 Jahren — sie möchten denn zurechnungsfähig seyn — und gemüthskranke Personen haften niemals für Schadenszufügungen, ausnahmsweise jedoch bei Tödtungen. Wie konnte nun aber, fragt man mit Recht, das Gesetz diese Ausnahme anerkennen? Denn es ist einleuchtend, daß das: „vorsätzlich" auf Tödtungsfälle nicht bezogen werden kann, weil in dieser Bezie-

hung Kinder den Wahnsinnigen und Rasenden gleich gestellt sind, auf Letztere aber die Unterscheidung zwischen vorsätzlicher und unvorsätzlicher Tödtung ganz unanwendbar ist. Die Tödtungsfälle bilden mithin eine Ausnahme von der Regel, wie schon nach dem Jüt. Low, aber freilich auf eine andere Weise. Um dieses zu begreifen, muß man wohl annehmen, daß erst nach beendigter Redaction des Ganzen das Wörtchen „vorsätzlich" in den §. 9. cit. eingeschaltet wurde, und man dabei übersah, daß die correspondirenden §. 17—19. cit. einer Modification bedurften. Streicht man nämlich das: „vorsätzlich" weg, so harmoniren beide Stellen sowohl unter sich, als mit dem Jütischen Low aufs Beste. Denn dann besagen sie: Kinder unter 15 Jahren büßen nur dem, den sie verletzt haben, nicht auch dem Dienstherrn, ausgenommen in Tödtungsfällen (Jüt. Low: praeterquam in casu homicidii; §. 9. cit.: uden for Manddrab allene), indem der Todtschläger, welcher zwischen 10 und 14 Jahre alt ist, seinen Erbtheil an des Getödteten Erben und an seinen Dienstherrn (Husbond §. 9. cit., Herskab §. 19. cit.) verliert; auch gemüthskranke Personen werden den Kindern unter 10 Jahren gleich behandelt, büßen daher immer nur dem, den sie verletzt haben. So hängt Alles genau mit einander zusammen, und die Doctrin und Praxis hat, wie es scheint, aus Vorliebe für das alte Prinzip, und um der Consequenz willen, die Ausnahme wieder zur Regel erhoben, indem sie bei Schadenszufügungen durch unzurechnungsfähige Subjecte unbedingt eine Verpflichtung zur Entschädigung anerkennt. Mit diesem Prinzipe stimmt auch:

II. das Preußische Landrecht Thl. 1. Tit. 6. §. 41. überein, indem es festsetzt, daß der Schaden, welchen Wahn- und Blödsinnige oder Kinder unter 7 Jahren anrichten, aus deren Vermögen zu entrichten sey, vorausgesetzt, daß die Vormünder oder Aufseher sich rücksichtlich der ihnen obliegenden Aufsicht nichts zu Schulden haben kommen lassen (§. 42. und §. 57.), so wie mit billigem Vorbehalte in Ansehung des Unterhalts und der Erziehungskosten. Auch dürfte die Bestimmung in Thl. 2. Tit. 2. §. 146. hieher zu ziehen seyn, welche ganz allgemein, d. h. ohne zwischen zurechen- und unzurechenbaren Handlungen zu unter-

scheiden, festsetzt: „Kinder bleiben selbst verhaftet, wenn sie eigenthümliches Vermögen haben, oder nach aufgehobener väterlicher Gewalt dazu gelangen."

Diese Bestimmung, so wie die Verurtheilung unzurechnungsfähiger Subjecte in die Kosten der Untersuchung nach Hommel Rhaps. Observ. 567., findet auch Quistorp peinl. Recht §. 38. „ganz der Billigkeit gemäß", beruft sich aber in der Anm. k. auf Westphal und Weber, welche sie umgekehrt für unbillig und ungerecht erklären. So etwas ist Quistorp wohl auch sonst begegnet, wie z. B. aus Kleinschrod's [12]) Zusammenstellung in Betreff der Frage, ob ein Denunciant als gültiger Zeuge auftreten könne, erhellt.

„Dem Angeber, sagt Kleinschrod, sprechen alles Zeugniß ab: Hommel, Böhmer — Quistorp."

„Dagegen lassen den Angeber zur Ablegung eines Zeugnisses zu: Koch, Klaproth — Quistorp."

„Einen Mittelweg endlich schlagen ein: Meister—Quistorp." Nicht anders hat es hier Quistorp gemacht! Er findet die Bestimmung des preußischen Landrechts billig, aber mit Weber wieder unbillig, und befindet sich auch darin im Irrthum, daß er den Art. 41. cit. auf die Erstattung der Untersuchungskosten ausdehnt, woran der Gesetzgeber gewiß nicht dachte. Vom Standpuncte des gemeinen Rechts hat sich insbesondere Stübel Strafverfahren Thl. 1. §. 544 b., vgl. mit §. 553., gegen die Ansicht von Hommel erklärt.

III. Das Oesterreichische Civil-Gesetzbuch bekennt sich zu dem gleichen Prinzipe mit dem preußischen Landrechte. Es spricht zwar im §. 1306. aus, daß in der Regel Niemand schuldig sey, den Schaden zu ersetzen, den er ohne Verschulden oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht habe. Allein das Gesetz anerkennt Ausnahmen von dieser Regel, und diese betreffen eben unsern Fall, nämlich Verletzungen, die von absolut unzurechnungsfähigen Subjecten verübt sind. In dieser Beziehung

12) Abhandl. aus dem peinl. Rechte. Thl. 1. Abhandl. 6.

bemerkt Zeiller in seinem Commentare zum österr. Civilges. Thl. 3. S. 729. folgendes: „Zum Rechte des Schadensersatzes fordert das Gesetz in der Regel auch, daß er von dem Beschädigten willkürlich verursacht worden sey (§. 1294.). Nach dem natürlichen Privatrechte ist es indeß sehr wahrscheinlich*), daß auch wegen einer ganz unwillkürlichen Beschädigung, z. B. eines Wahnsinnigen, das Ersatzrecht Statt finde, weil es, gleich dem Vertheidigungsrechte, nicht aus der Verbindlichkeit des Andern keinen Schaden zuzufügen, sondern aus dem Rechte sein Eigenthum und seine Rechte zu erhalten und zu behaupten abzuleiten ist. Berühmte Schriftsteller finden diesen Rechtssatz auch in dem gemeinen Rechte gegründet." Zeiller beruft sich dabei auf Schöman's Theorie (§. 5.) und fügt hinzu: warum soll ein Wahnsinniger wegen eines von seinem Pferde verursachten Schadens, nicht aber für sich selbst haften? „Unser Gesetzbuch hat indeß, fährt Zeiller fort, in der Voraussetzung, daß die Handlung ganz unwillkürlich sey (§. 1307.), diesen strengen Rechtssatz aus Billigkeit — wie die Juristen sagen: ne afflicto addatur afflictio — dahin gemildert, daß ein unwillkürlich handelnder Rechtsverletzer erst dann, wenn der Schaden auf Niemandes Verschulden bezogen werden kann (§. 1308. 1309.), und mit billiger Bedachtnahme auf alle Umstände (§. 1310.) zum Ersatze angehalten werden soll." Es heißt nämlich in den §. 1308 — §. 1310. so:

„Wenn Wahn- oder Blödsinnige oder Kinder Jemanden beschädigen, der durch irgend ein Verschulden hiezu selbst Veranlassung gegeben hat, so kann er keinen Ersatz ansprechen (§. 1308.). Ausser diesem Falle gebührt ihm Ersatz von denjenigen Personen, denen der Schade wegen Vernachlässigung der ihnen über solche Personen anvertraueten Obsorge beigemessen werden kann (§. 1309). Kann der Beschädigte auf solche Art den Ersatz nicht erhalten, so soll der Richter mit Erwägung des Umstandes, ob dem Beschädiger, ungeachtet er gewöhnlich seines Verstandes nicht mächtig ist, in dem bestimmten Falle nicht dennoch ein Verschulden zur Last

*) Vgl. unten §. 55.

liege *), oder ob der Beschädigte aus Schonung des Beschädigers die Vertheidigung unterlassen habe **), oder endlich mit Rücksicht auf das Vermögen des Beschädigers und des Beschädigten, auf den ganzen Ersatz, oder doch einen billigen Theil desselben erkennen (§. 1310.)."

Zu dieser letzteren Stelle bemerkt Zeiller a. a. O. S. 734. Nr. 3: „Nur wenn keine andere rechtliche Entschädigungsart erübrigt, wird von dem Gesetze die Anwendung des obigen Grundsatzes (§. 1306. Nr. 1.), jedoch mit der Beschränkung gemacht, daß der Richter auf die (allgemein bekannten oder erweislichen) Vermögensumstände des Beschädigers und des Beschädigten billige Rücksicht nehmen, und hiernach den ganzen Ersatz, oder einen Theil desselben erkennen soll. Wenn also der Beschädigte ein beträchtliches, und der Beschädiger ein geringes Vermögen besäße, so würde auch nur auf einen geringen Theil, im umgekehrten Falle aber auf einen beträchtlichen Theil, oder auch wohl auf den ganzen Ersatz zu erkennen seyn."

IV. Auch das Galizische Gesetzb. II. 13. §. 456. anerkennt eine Verpflichtung willenloser Subjecte zum Schadensersatze, jedoch ohne die im österr. Gesetzbuche vorkommenden Milderungen des strengen Rechts (wie sie Zeiller nennt), indem es den Beschädiger unbedingt zum vollen Ersatze verpflichtet.

Alle diese neueren Legislationen — mit Ausnahme des Gesetzbuchs Christ. 5. für Dänemark und Norwegen — verdanken ihre Sätze nicht sowohl der Auctorität des germanischen Rechts, als vielmehr den naturrechtlichen Ideen ihrer Zeit, von welchen weiter unten die Rede seyn wird.

---

*) Z. B. das Kind ist doli et culpae capax, der Gemüthskranke beging die Handlung in einem lichten Zwischenmomente. Zeiller a. a. O. S. 734. Nr. 1.

**) Z. B. er hätte sich durch einen gefährlichen Schuß gegen ihn sicher stellen können, was als ein zum Nutzen des Beschädigers gemachter Aufwand anzusehen ist. Zeiller a. a. O. Nr. 2.

§. 26.

Was zweitens die Verletzungen durch relativ unzurechnungsfähige Subjecte betrifft (§. 14.), so hat man seit Thomasius §. 22. cit. die Frage über die heutige Anwendbarkeit der Grundsätze des deutschen Rechts gewöhnlich mit der Frage über die Gültigkeit der Lex Aquilia in Verbindung gebracht, indem man sagte, daß das deutsche Recht hier um so gewisser zur Anwendung kommen müsse, weil die Lex Aquilia völlig unanwendbar sey. Letzteres behauptet z. B. auch Heineccius a. a. O. §. 93., und zwar aus dem Grunde, weil nach der ausnahmelosen Uebereinstimmung der einheimischen Rechtsquellen das damnum injuria datum bei den Deutschen niemals, wie nach römischem Rechte, eine Privatstrafe, sondern immer nur Schadensersatz zur Folge gehabt habe, und die actio legis Aquiliae als actio mixta eine untrennbare Klage sey. Damit sollen denn auch die übrigen Sätze der Lex Aquilia, z. B. in Betreff der Verletzungen durch unzurechnungsfähige Subjecte wegfallen, und an ihrer Statt das Prinzip des mittleren deutschen Rechts (§. 14.) zur Anwendung kommen. Uebereinstimmend damit bemerkt auch Höpfner[1]), unter Berufung auf Thomasius, daß heutiges Tags die wegen eines damni injuria dati Statt findende Klage nicht auf das Aquilische Gesetz, sondern auf das deutsche Recht und auf die natürliche Billigkeit gegründet sey.

Nicht so weit geht Stryck a. a. O. §. 2 f. Er stellt nämlich die Ansicht auf, daß die Lex Aquilia nur in so weit sie die Privatstrafe betreffe, heut zu Tage unanwendbar sey, in welcher Beziehung er sich theils auf die übereinstimmende Ansicht der Doctrin und Praxis (mos universalis), theils auf die deutschrechtlichen Grundsätze (Schilter Exerc. 19. Thes. 52 sq.), und insbesondere auf den Sachsenssp. Buch 2. Art. 34. 36. 49. und die sächsische Praxis (Carpzov P. 4. Con. 37. def. 8.), beruft. Im Uebrigen sollen die Bestimmungen der Lex Aquilia

1) Commentar über die Instit. §. 1060.

sogar mit den Ansichten des einheimischen Rechts übereinstimmen, weil (freilich gegen den Sachsenssp. Buch 2. Art. 14., aber auctore Carpzovio prax. crim. Qu. 28. Nr. 37.) „das Wehrgeld nach Sachsenrechte eine Verschuldung (culpa) voraussetze." Stryck a. a. O. §. 11.

Noch weiter gehen Waldeck [2]), Weber [3]), Schöman [4]) und v. Löhr [5]), indem sie sich für die unbedingte Anwendbarkeit der Lex Aquilia, und zwar aus dem Grunde erklärt haben, weil das deutsche Recht beim damnum injuria datum an die Stelle der römischen Privatstrafe keine öffentliche Strafe gesetzt habe, wie z. B. beim furtum geschehen sey, und weil nach L. 6. D. de injur. (47. 10.) die Privatstrafe aus einem Delicte nur dann wegfalle, wenn bereits auf öffentliche Strafe geklagt sey. Allein soll einmal, wie nicht anders möglich ist, die deutsch-rechtliche Ansicht hier entscheiden, so muß man umgekehrt sagen: darum weil das deutsche Recht zu allen Zeiten beim damnum inj. datum weder eine Privatstrafe noch eine öffentliche Strafe anerkannt hat, kann die Lex Aquilia nur in so weit zur Anwendung kommen, als sie den Schadensersatz betrifft, und damit stimmt auch die Ansicht der mehrsten älteren und neueren Juristen [6]) überein. Zugleich muß man zugeben, daß die Bestimmungen des deutschen Rechts über die Verpflichtung zum Ersatze auch ohne Zurechenbarkeit der Handlung durch die Auctorität Carpzov's, Stryck's und anderer Praktiker, welche das deutsche Recht ganz mißverstanden oder mißverstehen wollten, um nur das römische Recht zur Anwendung zu bringen, längst aus der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis verschwunden sind.

---

2) Comp. Instit. §. 801.
3) Versuche über das Civilrecht. S. 67 — 69.
4) Handbuch des Civilrechts. Thl. 1. S. 231.
5) Theorie der culpa. §. 18. S. 112 f.
6) Glück, Comment. Thl. 10. S. 383., und die Anm. 43. angeführten zahlreichen Schriftsteller.

§. 27.

Fragt man nun, um auf die Ansicht der neueren Legislationen überzugehen, ob nicht diejenigen Gesetzgebungen, welche eine Verpflichtung zum Schadensersatze aus Verletzungen absolut oder an sich unzurechnungsfähiger Subjecte anerkennen, wie das Gesetzbuch Christ. 5., das preußische, das galizische und das österreichische Civilgesetzbuch (§. 25.), die gleiche Verpflichtung auch bei casuellen Verletzungen an sich zurechnungsfähiger Subjecte anerkennen: so sollte man von vorne herein die Bejahung dieser Frage nicht bezweifeln können. Denn was von absolut unzurechnungsfähigen Subjecten gilt, muß gleicherweise und zwar um so mehr auch von relativ nicht zurechnungsfähigen Personen gelten, da man auf sie den Satz von Gärtner und Heineccius anwenden kann, daß sie durch Anwendung des höchstmöglichen Fleißes den angestifteten Schaden in der Regel hätten verhüten können, was von willenlosen Subjecten nie behauptet werden kann. Wie sollten daher letztere nach strengeren Grundsätzen, wie diese, beurtheilt werden können? Gleichwohl finden wir:

1. im Preußischen Landrechte Thl. 1. Tit. 6. §. 4. und 16. in Beziehung auf Verletzungen, welche ausserhalb des Obligationsnexus (a. a. O. §. 18.) durch an sich zurechnungsfähige Personen verursacht werden, den Satz ausgesprochen:

„Ein Schade, dessen Entstehen aus der Handlung oder Unterlassung gar nicht vorausgesehen werden konnte, wird im rechtlichen Sinne zufällig genannt (§. 4.). Der aus einer Handlung entstandene zufällige Schade darf (braucht) nur alsdann vergütet (zu) werden, wenn die Handlung selbst wider ein Verbotgesetz ist (§. 16.)" u. s. w.

Eine nähere Entwickelung enthält der Begriff des zufälligen Schadens durch die §§. 10. 11. 15. 21., wonach, je nachdem der Schaden ein unmittelbarer oder mittelbarer ist, bald für dolus, culpa lata und culpa levis, bald nur für dolus und culpa lata gehaftet wird. Und in eben diesem Titel werden Kinder und gemüthskranke Personen zum Schadensersatze verpflichtet! Wie

läßt sich dies mit einander vereinigen? Auffallend sind dabei noch die Marginal-Bemerkungen und Eintheilungen zu den §§. 36—41, welche also lauten:

„Inwiefern Beschädigungen nicht ersetzt werden dürfen: 1) wenn der Beschädiger sich nur seines Rechts bedient hat (§. 36—38.); 2) wenn die schädliche Handlung unwillkürlich war (§. 39—40.); 3) wenn der Beschädiger wahn- oder blödsinnig oder ein Kind ist (§. 41—44.)".

Vorerst besteht zwischen dem zweiten und dritten Falle in formeller und materieller Hinsicht kein Unterschied, indem in beiden Fällen die Handlung eine „unwillkürliche" ist. Ferner ist die Verpflichtung zur Entschädigung in dem dritten Falle vielmehr gesetzlich anerkannt, und nur auf den unmittelbaren Schaden (im Gegensatze des mittelbaren) beschränkt. Insofern lassen sich der zweite und dritte Fall nicht unter eine gemeinschaftliche Rubrik bringen, sondern werden nach entgegengesetzten Grundsätzen behandelt. Allein, man fragt, mit welchem Rechte? Wie sehr zeichnet sich nicht in dieser Beziehung das mittelalterliche deutsche Recht durch innere Consequenz aus, und, fügen wir hinzu, auch das römische Recht von seinem subjectiven Standpuncte! Eine Mitteltheorie, wie die des preußischen Landrechts, welche die Grundsätze der lex Aquilia im Allgemeinen befolgt, aber rücksichtlich der Verletzungen durch willenlose Subjecte eine Ausnahme anerkennt, ist ein juridisches Unding, und stimmt nicht einmal mit naturrechtlichen Grundsätzen, worauf sie doch zunächst beruht, überein. — Nach diesen Betrachtungen wenden wir uns:

II. zu dem Oesterreichischen Gesetzbuche, welches wenigstens einen Schritt weiter gegangen ist. Nach §. 1294. haftet der Beschädiger in und ausser dem Obligationsnexus für verschuldete (dolose oder culpose) Verletzungen, jedoch im Falle der culpa nur für ein mittleres Versehen (§. 1297. 1298.). Hieran schließt sich der §. 1306. des Inhalts: „den Schaden, welchen Jemand ohne Verschulden oder durch eine unwillkürliche Handlung verursacht hat, ist er in der Regel zu ersetzen nicht schuldig". Von dieser Regel giebt es jedoch Ausnahmen, nämlich erstens:

wenn sich der Thäter schuldvoll in einen vorübergehenden Zustand der Sinnenverwirrung (z. B. der Trunkenheit) versetzt hatte, und in diesem Zustande einen Schaden anstiftete (§. 1307.); zweitens: wenn er wahn- oder blödsinnig, oder ein Kind war (§. 1308 f.), jedoch unter den oben (§. 25.) angegebenen Beschränkungen *). Nun folgen, im Gegensatze der Verletzungen durch unwillkürliche Handlungen im §. 1311. (mit einem neuen Marginale) die Verletzungen durch Zufall, von welchen wiederum die Verletzungen durch fremde Handlungen (§. 1313 f.) und durch Thiere (§. 1320 f.), mittelst neuer Marginalien und Zahlen unterschieden werden. Es fragt sich daher was unter Zufall in diesen Gegensätzen zu verstehen sey? Denn im Allgemeinen kann man nach juridischem Sprachgebrauche alle Verletzungen, die ihren Grund entweder in der Willenlosigkeit des Subjects, oder in fremden widerrechtlichen Handlungen, oder in der Wirksamkeit eines Thiers haben, mit dem gemeinsamen Namen der casuellen Verletzungen bezeichnen. Allein Zeiller a. a. O. S. 736. bemerkt, daß unter Zufall, wie der Zusammenhang mit den vorhergegangenen und nachfolgenden Absätzen lehre, eine in den physischen Gesetzen der leblosen Natur gegründete Ereignung zu verstehen sey, und dadurch sowohl die durch eine unwillkürliche Handlung eines Verstandeslosen, als auch eine durch fremde willkürliche Handlungen, oder von Thieren bewirkte Beschädigung ausgeschlossen werde. Nun heißt es im §. 1311:

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat. Hat aber Jemand den Zufall durch ein Verschulden veranlaßt, oder ein Gesetz, das den zufälligen Beschädigungen vorzubeugen sucht, übertreten, oder sich ohne Noth in fremde Geschäfte gemengt, so haftet er für allen Nachtheil, welcher ausserdem nicht erfolgt wäre."

*) Während das preuß. Landrecht a. a. O. diese beide Fälle von einander absondert, stellt sie das österr. Gesetzbuch unter die Rubrik: „Schaden aus einer schuldlosen oder unwillkürlichen Handlung."

Eine fehlerhaftere Redaction als die: „der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat," kann es wohl nicht leicht geben. Denn darunter können alle möglichen Fälle subsumirt werden. Man setze: A gleitet auf der Straße aus und bricht ein Bein, oder dem A wird sein Haus, welches er bewohnt, durch einen Blitzstrahl angezündet und brennt ab. Hier hat sich der Zufall in seiner Person, beziehungsweise an (der §. 1311. sagt ganz sprachwidrig „in") seinem Vermögen ereignet, und da diesemnach die Worte des §. 1311. auf ihn passen, so kann er für diesen Unfall von Niemandem Ersatz verlangen. Dies ist allerdings wahr, allein das braucht keine Gesetzgebung auszusprechen, und dies wollte auch das österr. Gesetzbuch nicht thun! Man setze ferner: der Schuldner verliert durch casus die bei ihm deponirte Sache. Hier hat sich der Zufall zwar nicht an seinem Vermögen, aber doch in seiner Person, im Gegensatze der Person des Gläubigers, ereignet. Er würde mithin nach §. 1311. den Zufall zu tragen, d. h. den Gläubiger für diesen Verlust zu entschädigen haben. Allein das österr. Civilgesetzbuch bestimmt grade das Gegentheil davon (§. 28.). Was sollen daher die Worte des §. 1311. eigentlich bedeuten? Hören wir darüber Zeiller selbst, dessen Commentar hier aber fast selbst eines Commentars bedarf. Denn abgesehen davon, daß seine Unterscheidung zwischen Personen-Mängel und Sachmängel dem gemeinen Sprachgebrauche ganz fremd ist, so kann bei jenen (und zwar nach den von ihm selbst zur Erläuterung gegebenen Beispielen) von „physischen Gesetzen der leblosen Natur," worin der Zufall seinen Grund haben soll, gar nicht die Rede seyn.

„Der Zufall, sagt Zeiller, liegt entweder in dem Mangel einer Person, die eine widerrechtliche beschädigende Handlung zu unterlassen, oder eine positive Verbindlichkeit zu erfüllen hatte (jenes, wenn z. B. Jemand in einer ihn anwandelnden Ohnmacht fremdes Eigenthum beschädigt, dieses wenn z. B. der Miethsherr durch einen in seiner Person sich ereignenden Zufall, z. B. durch Krankheit, an der Annahme der gemietheten Dienste verhindert wird); oder er liegt in einer äusseren Ursache, wohin

z. B. Ungewitter, Erdbeben, Ueberschwemmungen, Mißwachs, u. s. w. gehören."

Von diesen Fällen haben wir zunächst nur denjenigen zu betrachten, welcher sich im *außerobligatorischen* Verhältnisse in der *Person des Verletzenden selbst* ereignete. Denn die übrigen Fälle betreffen das obligatorische Verhältniß, gehen uns daher hier vor der Hand noch nichts an. Nehmen wir dazu das von *Zeiller* selbst gewählte Beispiel. Ein Frauenzimmer fällt in einer Gesellschaft in Ohnmacht, und wirft einen Theetisch mit kostbarer Service um. Hier hat sie nach den Worten des §. 1311: „in dessen *Person* er (der Zufall) sich ereignet hat", den Schaden zu ersetzen. Allein es heißt daselbst ja auch: „in (an) dessen *Vermögen*... sich der Zufall ereignet hat", und wendet man diese Worte auf den vorliegenden Fall an, so würde das in Ohnmacht gefallene Frauenzimmer das fremde Service nicht zu erstatten haben, woraus sich ergiebt, daß die eine Hälfte des §. 1311. zur Widerlegung der andern benutzt werden kann, und man daher nicht weiß, wer eigentlich den Zufall zu tragen hat.

Mit *Schöman* (vom Schadenersatz Bd. 2. S. 301.) gründet *Zeiller* die Verpflichtung zur Entschädigung bei diesen s. g. Personen-Mängeln darauf: „Jeder Theil hat die nachtheiligen Folgen eines Mangels zu tragen und zu vergüten, welcher sich in seiner eignen Person, auf was immer für eine Weise, *gleichwohl auch durch Zufall*, ereignet." Für diesen Rechtssatz, sagt *Zeiller*, lassen sich eben dieselben Gründe geltend machen, welche oben (§. 25.) für die Verpflichtung zum Ersatze aus Verletzungen eines Verstandeslosen geltend gemacht wurden, d. h. das Ersatzrecht entspringt, gleich dem Vertheidigungsrechte, nicht aus der Pflicht des Anderen keinen Schaden zuzufügen, sondern aus dem Rechte sein Eigenthum und seine Rechte zu erhalten und zu behaupten. Allein „während dort der Richter den Schaden **ex aequo et bono** auszumessen hat, findet hier diese Rücksicht nicht Statt, weil, abgesehen von dem Blöd- und Wahnsinne, die *übrigen* Personenmängel viel häufiger in einem *Verschulden* der Person gegründet sind"; womit aber die Worte des §. 1311:

„bloßer Zufall" schwer zu vereinigen sind, indem darin keine versteckte culpa enthalten ist. Auch soll dem Richter in solchen Fällen jedenfalls der Versuch einer billigen Ausgleichung empfohlen werden, womit Zeiller sagen will, daß der §. 1310. von Verstandesbloßen analog auch auf andere unwillkürliche Handlungen zur Anwendung zu bringen sey. Allein auch dies ist bedenklich, weil nach Zeiller regelmäßig zwischen beiden Fällen ein wesentlicher Unterschied bestehen soll, was aber, wenn man casus gegen casus hält, mit Grund nicht behauptet werden kann.

Nun bliebe noch eine Hauptschwierigkeit zu beseitigen übrig, nämlich die, daß man nach §. 1297. und 1298. im Allgemeinen nur für ein mittleres Versehen (also nicht für s. g. culpa levissima) zu haften braucht, hier aber sogar „für die Folge eines zufälligen Personenmangels gehaftet werden soll." Diesen Widerspruch sucht Zeiller durch die Bemerkung zu beseitigen, daß es in dem ordentlichen Gang der Dinge gegründet und allgemein bekannt sey, daß man von Andern nur den gewöhnlichen Grad des Fleißes erwarten dürfe, dahingegen es sich ordentlicherweise nicht vorhersehen und in Rechnung bringen lasse, daß einem Andern, mit dem man in ein näheres Verhältniß komme, ein zufälliger Personen-Mangel aufstoßen werde. Allein diese Argumentation ist ganz unbefriedigend. Denn wie kann ein Recht auf Entschädigung darauf gegründet werden, daß die Schadenszufügung sich nicht vorhersehen läßt? Und müßten dann nicht alle casuellen Verletzungen, die sich ja in der Regel nicht voraussehen und erwarten lassen, ein solches Recht auf Entschädigung begründen? Man sieht, das österr. Gesetzbuch und dessen Commentator befindet sich hier auf dem Gebiete der Inconsequenzen und Widersprüche, welche durch keine noch so künstlich angelegte Argumentationen beseitigt werden können.

Wir wollen jetzt das Resultat zusammenfassen. In ausserobligatorischen Verhältnissen sind nach dem österreichischen Civilgesetzbuche drei Fälle des casus zu unterscheiden:

1) Verletzungen durch Kinder oder gemüthskranke Personen.

2) Unfreiwillige Verletzungen, die ihren Grund in einem Mangel der Person oder persönlichen Zufall haben; z. B. es gleitet Jemand aus, oder fällt die Treppe hinab und beschädigt dadurch fremdes Eigenthum, oder es bekommt Jemand in einer Gesellschaft einen Krankheitsanfall, und wirft im Fallen kostbare Geräthe um, oder beschädigt einigen Gästen die Kleider u. s. w.

3) Verletzungen, die weder auf dolus noch auf einem mittleren Versehen (culpa), d. h. im Sinne des gemeinen Rechts auf culpa levissima beruhen. Auch diese gehören nach dem österreichischen Gesetzbuche in das Gebiet des casus. Denn darin sagt Zeiller a. a. O. S. 712., „weicht unser Gesetz von der Theorie des germanischen Rechts ab, welches für thätige Beschädigungen, obschon sie nur aus dem geringsten Grade des Versehens verursacht worden sind, Ersatz fordert. Diese Strenge ist dem bürgerlichen Leben, wo in dem Gedränge und Gewühle der Geschäfte auch der ordentlichste Bürger nicht alle seine Handlungen und Schritte mit unverwandter Aufmerksamkeit abzirkeln kann, nicht angemessen. Wer kann es z. B. einem eiligen Gewerbsmanne zum Versehen anrechnen, wenn er auf der Kothstraße ein Kleidungsstück seines Nachbarn mit Koth befleckt, oder wenn der geschäftige Copist das Blatt seines Nachbarn mit Dinte bespritzt. Jederman wünscht in ähnlichen Fällen Nachsicht, er muß sie also auch Andern angedeihen lassen (petimus hanc veniam, dabimusque vicissim). Doch kommen weiter unten Ausnahmen von dieser Regel vor."

Und nun die Entscheidung dieser drei Fälle! In dem ersten und zweiten Falle hat der Thäter Ersatz zu leisten, ungeachtet man auch auf ihn den Satz: petimus hanc veniam dabimusque vicissim anwenden kann; in dem dritten Falle, wo es ihm doch möglich war, durch Anwendung einer größeren Sorgfalt als die mittlere diligentia den Schaden zu vermeiden, haftet er hingegen nicht. Wie kann man aber das Prinzip, worauf das Haften in dem ersten und zweiten Falle beruht, bei dem dritten umgehen, ohne die größte Inconsequenz zu begehen? Denn, um mit Zeiller zu reden, das Ersatzrecht ist gleich dem Vertheidi-

gungsrechte, nicht aus der Pflicht des Andern keinen Schaden zuzufügen, sondern aus dem Rechte sein Eigenthum und seine Rechte zu erhalten, abzuleiten; und von diesem Grundsatze kann es zu Gunsten an sich zurechnungsfähiger Personen keine Ausnahme geben.

Also auch hier, wie beim preuß. Landrechte: entweder das System des römischen Rechts, welches bei Verletzungen durch absolut oder relativ unzurechnungsfähige Subjecte alle Ersatzpflicht ausschließt, oder das entgegengesetzte System des deutschen Rechts, welches in beiden Fällen die gleiche Pflicht zur Entschädigung anerkennt! Selbst die naturrechtlichen Systeme, welche bald den Grundsatz des römischen, bald den des deutschen Rechts a priori zu deduciren gesucht haben, können zu keiner solchen Mitteltheorie, wie sie das österreichische Gesetzbuch aufstellt, führen.

§. 28.

2. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus.

Was die casuellen Verletzungen im Obligationsnexus betrifft (§. 15 f.), so hat Heineccius, ein so eifriger Verfechter deutsch-rechtlicher Ansichten derselbe auch sonst ist, hier dieselben so gut wie aufgegeben, indem er in seinen Elem. jur. Germ. l. c. §. 383. mit Rücksicht auf die unentgeltlichen Verträge bemerkt: Quum vero pleraque ita comparata sunt, ut in jurisprudentia Romana multo accuratius pleniusque tradantur, quam in jure patrio, non mirum sane est, hodie controversias de hujusmodi conventionibus plerasque ex principiis juris Romani decidi, adeoque hic perpaucas superesse in foro juris patrii reliquias. Diese Bemerkung wiederholt Heineccius a. a. O. §. 409. auch bei den onerosen Verträgen: Hic ergo repetenda sunt quae supra de contractibus beneficis monuimus, nimirum omnia fere haec hodie ex jure Romano, quam patrio, aestimari, adeoque fieri non posse quin et, quod ad has conventiones adtinet, paucissimae sint juris Ger-

manici vestigiae. Dabei hat aber Heineccius auf die abweichenden Grundsätze des deutschen Rechts bei dem casuellen Untergange einer zu restituirenden Sache gar keine Rücksicht genommen.

Daß das römische Recht grade in der Lehre von den Verträgen das deutsche Recht, und zwar schon früh verdrängte, erklärt sich wohl daraus, daß die einheimischen Quellen in der Lehre von den Verträgen im Ganzen dürftig sind [1]), das römische Recht dagegen grade darin sehr ausgebildet ist. So kam denn Letzteres ausschließlich zur Anwendung, und darüber gingen die abweichenden Grundsätze des einheimischen Rechts in der Doctrin und Praxis zu Grunde. Theoretisch kann es jedoch keinem Zweifel unterliegen, daß in denjenigen Ländern, wo noch gegenwärtig der Sachsenspiegel und andere vom römischen Rechte abweichende Statute, wie z. B. das Lübsche Recht, gelten (wie in Holstein der Fall ist), der Anwendbarkeit der deutsch-rechtlichen Grundsätze kein Hinderniß entgegensteht; wie denn auch die Bestimmung des Jüt. Lowbuchs Lib. 3. cap. 54. §. 3., daß der Commodatar den casus zu tragen habe, in das Gesetzbuch Christ. 5. übergegangen ist, und von den dänischen Rechtslehrern einstimmig als geltendes Recht anerkannt wird [2]). Eben so ist es ein nach dänischem und norwegischem Privatrechte noch jetzt anerkannter Rechtsgrundsatz, daß beim Kaufvertrage bis zur Tradition der Sache, nicht wie nach römischem Rechte der Käufer, sondern der Verkäufer den casus zu tragen hat.

§. 29.

Wir wollen jetzt einen Blick auf die neueren Legislationen, nämlich das preußische Landrecht, das österreichische Ei-

1) Falk, jur. Encyklopädie. §. 125.

2) Tönsen a. a. O. S. 497., welcher hier auf Oersted, Hurtigkarl und Nörregard verweist. — Vgl. überhaupt über die ganze Lehre vom casus im Obligationsverhältniß: Kolderup Rosenvinge, dänische Rechtsgeschichte. §. 60 f. §. 110 — 11.

vilgesetzbuch, die bernische Civilgesetzgebung, und den Code Napoléon werfen, und deren vom römischen Rechte abweichende Grundsätze betrachten.

I. Das Preußische Landrecht befolgt bei einseitigen und unentgeltlichen Verträgen in allen Beziehungen den Grundsatz des römischen Rechts: casus a nemine praestantur. Daher haften z. B. der Depositar (Landr. Thl. 1. Tit. 14. §. 35. — 36.), der Commodatar (Thl. 1. Tit. 21. §. 252.), und der Pfandgläubiger (Thl. 1. Tit. 20. §. 193.) nicht für den zufälligen Untergang oder die zufällige Deterioration der Sache; daher kann ferner der Mandatar vom Mandanten keinen Ersatz für die zufälligen Verletzungen, die ihn bei der Ausübung des Geschäfts getroffen haben, verlangen (Thl. 1. Tit. 13. §. 80.), u. s. w. Nur darin weicht das preußische Landrecht wesentlich vom römischen Rechte ab, daß es bei zweiseitigen onerosen Verträgen einen andern Grundsatz aufstellt, nämlich (Thl. 1. Tit. 5. §. 364. 365.) folgenden:

„Entsteht die Unmöglichkeit den geschlossenen Vertrag zu erfüllen durch einen Zufall, oder durch unabwendbare Gewalt und Uebermacht, so wird der Vertrag für aufgehoben angesehen. Alsdann muß jeder Theil dasjenige, was ihm von dem Andern in Erwartung der gegenseitigen Erfüllung gegeben oder geleistet worden, zurückgeben oder vergüten."

Ferner ebendaselbst §. 373:

„Entsteht die Unmöglichkeit der im Vertrage bestimmten Erfüllungsart durch einen bloßen Zufall, so finden die auf den Fall einer Unmöglichkeit der Erfüllung überhaupt gegebenen Vorschriften (§. 364 f.) Anwendung."

Dieses angewendet auf den Kaufvertrag heißt es in Thl. 1. Tit. 11. §. 100:

„Wird die verkaufte Sache noch vor der Uebergabe durch einen Zufall gänzlich zerstört oder vernichtet, dergestalt daß gar keine Uebergabe erfolgen kann, so wird der Contract für aufgehoben geachtet (Tit. 5. §. 364 f.)."

Wogegen ebendaselbst §. 102. 103:

„Wenn der Käufer durch seine Schuld die Uebernahme verzögert, der Verkäufer Schadloshaltung von ihm verlangen kann, wozu auch die Auszahlung des bedungenen Kaufpreises gehört."

Eben so in Beziehung auf den Tauschvertrag Thl. 1. Tit. 11. §. 364:

„Bei dem Tausche ist jeder Contrahent in Ansehung der Sache die er giebt, als Verkäufer, in Ansehung derjenigen, die er dagegen empfängt, als Käufer zu betrachten."

Mithin kommen hier die Grundsätze vom Kaufvertrage §. 100—103 gleichfalls zur Anwendung. Eben so wird Thl. 1. Tit. 11. §. 879. bei Verträgen, wodurch Sachen gegen Handlungen, oder Handlungen gegen Handlungen versprochen werden (und dazu zählt der Tit. 11. §. 894 f. Verträge zwischen Herrschaften und Gesinde, Verträge mit gedungenen Handarbeitern und Tagelöhnern, Verträge mit Handwerkern und Künstlern, Lieferungsverträge u. s. w.), in Ansehung der Fälle, wo solche Verträge wegen Unmöglichkeit der Erfüllung wieder aufgehoben werden, auf die allgemeinen Vorschriften des fünften Titels §. 360 f. verwiesen. Es werden dabei zwei Fälle unterschieden: der erste, wenn der eine Contrahent den Vertrag bereits ganz erfüllt hat; der zweite, wenn er ihn zwar nicht ganz erfüllt, aber doch eine oder mehrere Handlungen auf Rechnung des Vertrags geleistet hat.

Mit Rücksicht auf den ersten Fall enthält der §. 882. die Bestimmung:

„Hat der eine Theil den Vertrag bereits ganz erfüllt, und dem Andern wird die Erfüllung von seiner Seite durch bloßen Zufall unmöglich, so muß ersterer mit der Vergütung des gemeinen Werths der versprochenen Sache, oder des gewöhnlichen Lohns der Handlung, die er selbst geleistet hat, sich begnügen."

Der casus befreiet hier mithin den Contrahenten, welcher noch nicht geleistet hat, von seiner Verbindlichkeit (casus a nemine praestantur), aber das Empfangene darf er nicht unentgeltlich behalten. War es eine Sache, welche er dagegen zu leisten hatte, und ging diese durch casus zu Grunde, so muß er den

Werth derselben leisten; war es eine Handlung, die er gegen eine Handlung zu leisten hatte, so muß er Vergütung der empfangenen Leistung (Handlung) nach ihrem gewöhnlichen Lohne geben.

Für den zweiten Fall wird unterschieden:

1) Der casus ereignete sich bei demjenigen, welcher schon zum Theil geleistet hatte, so daß ihm die fernere Erfüllung unmöglich wird. Dann wird er freilich von seiner Verbindlichkeit völlig befreiet (casus a nemine praestantur), aber mit Rücksicht auf die Frage: ob und in welchem Maaße er eine Gegenleistung in Anspruch nehmen dürfe, werden im preuß. Landrechte (auf ähnliche Weise wie von Zeiller in seinem Commentare) zwei Arten Zufälle unterschieden:

a) der Zufall ereignete sich in seiner Person (persönlicher Zufall), z. B. er wurde krank; dann kann er nach §. 884. vgl. mit §. 883. Vergütung nur soweit fordern, als der andere Contrahent wirklich bereichert wurde. Dieser s. g. persönliche Zufall steht mithin rechtlich betrachtet der eignen Verschuldung gleich.

b) der Zufall ist ein „bloßer Zufall" (wahrscheinlich das was Zeiller den äusseren oder Sachen-Zufall nennt); dann kann er nach §. 885. eine Gegenleistung nach Maaßgabe seiner Leistung ansprechen.

2) Der casus ereignete sich in der Person des andern Contrahenten, d. h. desjenigen, dem bereits theilweise geleistet worden ist. Dann wird dadurch der Vertrag gleichfalls aufgehoben, aber er muß dem Contrahenten nach §. 886. eine verhältnißmäßige Entschädigung geben.

Dies sind die Grundzüge des Systems des preußischen Landrechts. Es stimmt zum Theil mit den Grundsätzen des römischen Rechts überein, zum Theil weicht es bedeutend von denselben ab, und darin liegt auch keine Inconsequenz. Denn es verhält sich hier keineswegs wie oben (§. 27.) in Beziehung auf absolute und relative Unzurechnungsfähigkeit, d. h. daß man hier entweder vollständig das römische Recht, oder ein entgegengesetztes System annehmen muß; sondern es kommt vielmehr bei der Frage, wer den casus in obligatorischen Verhältnissen zu tragen habe, darauf an, die

Natur der einzelnen Vertragsarten ins Auge zu fassen und richtig zu würdigen, und grade darin dürfte das mittelalterliche deutsche Recht eine feinere Beurtheilung gezeigt haben, als das römische Recht mit seinem überall durchgreifenden Prinzipe: casus a nemine praestantur. Von diesen deutsch-rechtlichen Ansichten kommt freilich im preußischen Landrechte keine Spur vor, indem es namentlich auf die Unentgeltlichkeit der Verträge (Commodat, Mandat) gar keine Rücksicht nimmt; wie denn auch die Unterscheidung zweier Arten Zufälle nicht als ein Fortschritt in dieser schwierigen Lehre gelten kann. Dahingegen werden diejenigen, welche die Bestimmung des römischen Rechts über die Verpflichtung zur Gegenleistung bei einer durch casus unmöglich gewordenen Leistung, wie z. B. beim Kauf- und Tauschvertrage (§. 9.), mißbilligen, in dieser Beziehung dem preußischen Landrechte nur beipflichten können. Auffallend bleibt es aber immer, daß nach dieser Gesetzgebung Kinder und Wahnsinnige für Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus ersatzpflichtig sind, hingegen andere vernünftige Wesen für den casuellen Untergang einer fremden Sache in ihrem Besitze keinen Ersatz zu leisten haben.

II. Das Oesterreichische Gesetzbuch spricht, wie bereits oben (§. 27.) bemerkt wurde, im §. 1311. den Grundsatz aus:

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Vermögen oder Person er sich ereignet hat."

Diesen Grundsatz haben wir jetzt auch in Beziehung auf obligatorische Verhältnisse zu prüfen, was nicht ohne Schwierigkeiten ist.

Wir befinden uns hier abermals auf dem Gebiete der Zeiller'schen Unterscheidung zwischen Personen-Mangel (besser: persönlicher Zufall) und Sachen-Mangel (äusserer Mangel, Sachen-Zufall), und diese beiden Arten der Zufälle werden ganz verschieden beurtheilt. Der erste trifft nämlich denjenigen, in dessen Person, der zweite, wie Zeiller Thl. 3. S. 736. sich ausdrückt, denjenigen, an dessen Person oder Vermögen er sich ereignet hat. Hiernach scheint der §. 1311. richtiger so abgefaßt werden zu müssen:

„Der bloße Zufall trifft denjenigen, in dessen Person, beziehungsweise an dessen Person oder Vermögen er sich ereignet hat."

Allein auch diese Redaction würde nicht zu empfehlen seyn. Denn die erste Hälfte des Satzes: „in dessen Person" spricht, wie Zeiller bemerkt, eine Verpflichtung zum Ersatze, hingegen die zweite Hälfte: „an dessen Person oder Vermögen" eine Nicht-Verpflichtung (nämlich von Seiten des andern Contrahenten) zum Ersatze, mithin jene ein Ersatzrecht, diese ein Nicht-Ersatzrecht aus, und zwei so heterogene Sätze lassen sich doch nicht wohl in einer Redeform verbinden, wozu auch noch kommt, daß jene Unterscheidung zwischen „in" und „an" ganz ungewöhnlich ist. Allein sie ist nun einmal in dem österreichischen Civilgesetzbuche gegeben, und ohne sie würden die Bestimmungen desselben im Einzelnen ganz unverständlich seyn. Wir gehen jetzt zu ihnen über, um das Prinzip in seinen mannigfachen Anwendungen kennen zu lernen.

A. Zuerst fassen wir den persönlichen Zufall ins Auge, d. h. denjenigen Zufall, welcher sich in der Person des Contrahenten ereignete, und wofür dieser nach Analogie der Schadenszufügungen von Kindern und gemüthskranken Personen, oder vielmehr nach einem für beide Fälle gemeinschaftlichen (Schöman'schen) Prinzipe auch im Obligationsnexus — wie ausserhalb desselben, §. 27. — Ersatz zu leisten schuldig ist. Eine Anwendung hievon kommt zuerst im §. 44. vor, wo von der rechtlichen Wirkung des Rücktritts vom Eheverlöbnisse die Rede ist, und wobei Zeiller Thl. 1. S. 173. folgendes bemerkt: „Die Entschädigung kann derjenige Theil begehren, von dessen Seite, nach dem Ausdrucke des §. 44., keine gegründete Ursache zum Rücktritte entstanden ist. Demnach kann die Entschädigung nicht nur verlangt werden, wenn der andere Theil muthwillig und durch sein Verschulden, sondern auch wenn er mit Grund, jedoch eines Ereignisses wegen, das in seiner Person oder von seiner Seite entstanden ist, zurücktritt, z. B. einer Krankheit wegen, welche ihm die Verehelichung nicht gestattet. Ja es kann selbst der zurücktretende Theil Entschädigung begehren, wenn der Rücktritt in dem Verschulden des andern Theils, oder auch nur in ei-

nem zufälligen Ereignisse von Seite desselben gegründet ist; nach dem Grundsatze, daß der Schuldige den Schaden ersetzen, und selbst der Zufall denjenigen treffen soll, in dessen Person er sich ereignet hat."

Eine zweite Anwendung dieses Grundsatzes kommt im §. 1155. beim Lohnvertrage vor, wo es heißt:

„Auch für Dienste und Arbeiten, die nicht zu Stande gekommen sind, gebührt der bestellten Person eine angemessene Entschädigung, wenn sie das Geschäft zu verrichten bereit war, und von dem Besteller durch Schuld oder einen Zufall, der sich in seiner Person ereignet hat, daran verhindert, oder überhaupt durch Zeitverlust verkürzt worden ist."

Hiezu bemerkt Zeiller Thl. 3. S. 497: „Den Besteller oder Unternehmer spricht ein bloßer, und noch dazu äusserer (ausser seiner Person liegender) Zufall von aller Haftung frei (§. 1311.). Wenn aber die Vollendung durch einen Zufall, der sich in der Person des Bestellers ereignet, unterbrochen wird, so kann zwar der Bestellte für Arbeiten, die er nicht verrichtet, den bedungenen Lohn nicht fordern, aber es gebührt ihm zu Folge einer allgemeinen Regel (§. 1311.) eine angemessene Entschädigung, z. B. wenn ein Miethkutscher durch eine dem Reisenden zugestoßene Krankheit längere Zeit auf der Reise zubringen mußte."

Eine dritte Anwendung des obigen Grundsatzes findet sich bei Zeiller Thl. 3. S. 505., welcher zum Art. 1160. (verbis: wird beim Lohnvertrag die Arbeit unterbrochen, so verantwortet Keiner den Zufall) folgendes bemerkt: „Für die Unterbrechung durch einen bloßen Zufall haftet in der Regel kein Theil dem andern. Doch leidet der Satz eine Einschränkung, wenn der Zufall sich in der Person des Bestellers ereignet hat (§. 1155.). Und wenn ein die Fortsetzung unterbrechender Zufall sich in der Person des Bestellten ergiebt, so kann er nicht nur für die Unterbrechungszeit keinen Lohn verlangen, sondern nach Beschaffenheit der Umstände auch verabschiedet werden. Denn die obgleich schuldlose Unfähigkeit des Arbeiters ist ein rechtmäßiger Grund zur Aufhebung des Lohnvertrags."

Aus dieser Bemerkung Zeiller's ergiebt sich, daß das Prinzip: der Zufall trifft denjenigen, in dessen Person er sich ereignet hat, einen doppelten Sinn hat, also mit andern Worten doppelsinnig ist, was schon allein zur Empfehlung desselben nicht beiträgt. Gewöhnlich sagt es aus, daß das betreffende Subject zum Ersatz verpflichtet sey; allein mitunter (wie im Falle des casus, welcher sich in der Person des Bestellten ereignet) hat es auch den Sinn, daß sich das betreffende Subject gewisse Nachtheile (Entbehrung des Lohns, Aufkündigung des Vertrags) gefallen lassen muß. Da aber der Zufall sich in seiner Person ereignet hat, so scheint vielmehr der Bestellte nach §. 1311. für ersatzpflichtig erklärt werden zu müssen, wenn durch seine Verhinderung der Besteller in Schaden gerieth. Dies würde freilich sehr hart seyn. Allein es fragt sich, ob das österreichische Gesetzbuch nicht überhaupt bei Zufällen in der Person des Contrahenten zu weit gegangen ist. Denn so sehr es auch die Consequenz erfordern mag, für unwillkürliche Verletzungen in und ausserhalb des Obligationsnexus ein gemeinschaftliches Prinzip aufzustellen, wie solches das österreichische Gesetzbuch nach Schöman'schen Ideen in Betreff der Verletzungen durch Kinder und gemüthskranke Personen, so wie der Schadenszufügungen durch persönliche Zufälle sowohl in ausserobligatorischen Verhältnissen als in denselben (wenn nämlich der persönliche Zufall die Nichterfüllung einer vertragsmäßigen Verbindlichkeit bewirkte) wirklich anerkannt hat: so muß man doch richtiger sagen, daß in Vertragsverhältnissen nur die besondere Natur des Vertrags die leitenden Prinzipien an die Hand geben kann, wie dies nicht blos das deutsche Recht, sondern theilweise auch das römische Recht, z. B. durch Unterscheidung der obligationes faciendi von den obligationes dandi, anerkannt hat.

B. Wir gehen jetzt zu dem zweiten Falle, den Zeiller den äusseren oder Sachen-Zufall nennt, über, d. h. denjenigen Zufall, welcher sich an der Person oder an dem Vermögen des Contrahenten ereignete, und daher von diesem (unersetzt) zu tragen ist. „Ein äusserer, in einem Sachmangel gegründeter Zufall, be-

merkt nämlich Zeiller Thl. 3. S. 737, kann in keiner Weise auf ein ersatzfähiges Wesen bezogen werden, folglich kann auch von einem Ersatzrechte keine Rede seyn. Wen also ein solcher Unfall an seiner Person oder an seinem Vermögen trifft, der muß ihn (unersetzt) leiden, und kein Theil haftet dem andern für einen bloßen äusseren Zufall." Der Ausdruck „Vermögen" scheint, ungeachtet Zeiller sich öfter (z. B. Thl. 3. S. 220. u. 292.) auch auf die Rechtsregel: casum sentit dominus beruft, deshalb gewählt zu seyn, weil der casus mitunter auch den Nicht-Eigenthümer trifft, mithin der Ausdruck „Eigenthum" zu eng seyn würde. Es giebt aber auch Fälle, wo der casus Jemanden nicht einmal in Ansehung seines „Vermögens" trifft (z. B. §. 1160.), und daher erklärt sich wohl der Zusatz: „oder an der Person", womit jedoch der Zufall in der Person nicht verwechselt werden darf. Es lassen sich hier mithin folgende Fälle denken: der Zufall ereignet sich entweder nur an der Person des Contrahenten, oder nur an dessen Vermögen, oder an dessen Person und Vermögen zugleich; ferner kann derselbe Zufall, der den einen Contrahenten trifft, zugleich mittel- oder unmittelbar auch den andern Contrahenten treffen. Alle diese verschiedenen Fälle scheinen unter den Worten: „an der Person oder am Vermögen" begriffen zu seyn. Denn ereignet sich der Zufall an der Person des einen, aber an dem Vermögen des andern Contrahenten, oder ereignet er sich an dem beiderseitigen Vermögen, so hat, vermöge des Wörtchens: „oder" Keiner dem Andern Ersatz zu leisten. Dessenungeachtet reicht dieses Prinzip nicht einmal für alle hieher gehörigen Fälle aus, so daß aushülfsweise damit das Prinzip des §. 1447: debitor speciei liberatur ejus interitu fortuito verbunden werden muß. Und damit wollen wir denn zu der Anwendung dieser Grundsätze übergehen.

Nach §. 467. und §. 525. erlöschen Pfandrechte und Servituten durch den casuellen Untergang der Sache in der Art, daß von beiden Seiten keine Verpflichtung zur Entschädigung Statt findet. Der Schade trifft hier beide an ihrem „Vermögen", und daher hat ihn jeder unersetzt zu tragen. Der Pfandgläubiger und

der Innehaber der Servitut verlieren ihr jus in re ohne Ersatz, und der Eigenthümer der verpfändeten oder dienenden Sache verliert sein Eigenthum gleichfalls ohne Ersatz. Zeiller Thl. 2. S. 269. 280. 369. Für den Pfandgläubiger kann man sich aber auch auf die Rechtsregel: debitor speciei etc. berufen, worin zugleich der Folgesatz enthalten ist, daß auch der Verpfänder durch den Zufall verliert. Dieses Prinzip paßt aber weder auf Servituten, noch spricht es aus, daß der Pfandgläubiger sein Pfandrecht ohne Ersatz verliere, sondern es spricht ihn lediglich von seiner Verbindlichkeit gegen den Verpfänder frei. Allein nach dem Prinzipe des §. 1311. kann er für das untergegangene Pfandobject keinen Ersatz verlangen. Setzt man nun, daß dem Pfandgläubiger das Pfandobject geraubt wurde, so ereignete sich der casus zugleich „an seiner Person und an seinem Vermögen", und daher würde er aus einem doppelten Grunde kein neues Pfand zum Ersatz verlangen können. Auf diese Weise ergänzen sich die Prinzipe des §. 1311. und §. 1447. unter einander, und daher pflegt sich Zeiller häufig auf beide zugleich zu berufen. Es lassen sich aber noch andere Eigenthümlichkeiten derselben nachweisen.

Wenn nämlich Jemandem eine certa species legirt ist, so treffen nach §. 686. die commoda und incommoda rei den Legatar von der Zeit des Todes des Erblassers an gerechnet, folglich hat er von da an auch den casus zu tragen. Zeiller Thl. 2. S. 637—38. Man könnte hier sagen, daß ein erworbenes, wenn gleich noch nicht tradirtes Legat zu den Vermögensrechten gehöre, mithin der casus den Legatar als denjenigen treffe, an dessen „Vermögen" er sich ereignete (§. 1311.). Allein man kann diese Argumentation auch umkehren. Bis zur Tradition gehört nämlich das Legat zur Erbschaftsmasse, mithin zum „Vermögen" des Erben*), folglich würde vielmehr der Erbe den casus zu tragen haben. Setzt man ferner, daß die legirte species dem Erben geraubt wurde, so würde er den casus, da dieser sich an seiner „Person"

*) Das österreichische Gesetzbuch weicht darin von dem römischen Rechte ab, daß es hier keinen Eigenthumserwerb ohne Tradition anerkennt.

ereignete, nach §. 1311. gleichfalls zu tragen haben. Das Prinzip des §. 1311. ist diesemnach einer entgegengesetzten Anwendung fähig. Allein die Zweifel werden hier durch den §. 1447. beseitigt. Denn da eine **certa species** legirt ist, so kommt das Prinzip: **debitor speciei etc.** hier zur Anwendung. Dieser Grundsatz giebt mithin im Zweifel den Ausschlag, und dies ist die zweite Seite, die sich jenen Prinzipien in ihrem Verhältnisse zu einander abgewinnen läßt.

Eine weitere Eigenthümlichkeit des Prinzips des §. 1311. „in seinem Vermögen" oder, wie es Zeiller verbessert hat, „an seinem Vermögen" besteht darin, daß es zugleich die Rechtsregel: **casum sentit dominus** in sich begreift, ohne jedoch darauf beschränkt zu seyn, indem es, wie die seither mitgetheilten Beispiele ergeben, über das Eigenthum hinausgeht. Da aber das Eigenthum unläugbar zum „Vermögen" gehört, so muß der Zufall, wenn er denjenigen trifft, an dessen Vermögen er sich ereignet hat, nothwendig auch den Eigenthümer treffen. Daher beruft sich Zeiller öfters auf den Grundsatz des §. 1311., wo er sich statt dessen auch auf das Prinzip des §. 1447: **debitor speciei etc.** hätte berufen können. Dies ist die dritte Seite, die sich diesen beiden Prinzipien in ihrem Verhältnisse zu einander abgewinnen läßt, d. h. das eine macht das andere in gewissen Fällen überflüssig, weil beide ganz das Nämliche aussagen. So bemerkt Zeiller Thl. 3. S. 220. unter Berufung auf §. 1311. beim Leihvertrage (Commodat): „der bloße Zufall trifft den Eigenthümer". Eben so beim Hinterlegungsvertrage (Depositum), Thl. 3. S. 199. Nr. 2. Ferner beim Bestandvertrage, Thl. 3. S. 439: „bei einem zufälligen Untergange der Sache, z. B. wenn das vermiethete Haus durch einen Blitzstrahl oder durch Ueberschwemmung zu Grunde ging, ist kein Theil dem andern für den an seinem Eigenthum erlittenen Schaden verantwortlich". Ferner beim Lohnvertrage, Thl. 3. S. 500: „der Zufall trifft den Eigenthümer, folglich entweder den Besteller, der den Stoff (z. B. zu einem Kleide, die Baumaterialien) hergegeben, oder den Bestellten, der ihn angeschafft hat, sammt dem Verluste seiner fruchtlosen Arbeit". Endlich noch Thl. 1.

S. 164: „der Empfänger einer bezahlten Nichtschuld haftet, wenn er in gutem Glauben war, wie jeder bonae fidei possessor, nicht für den casuellen Verlust der Sache, den mithin der Eigenthümer zu tragen hat." Daß man sich für die mehrsten dieser Fälle auch auf den Grundsatz des §. 1447: debitor speciei liberatur ejus interitu fortuito berufen kann, ist einleuchtend, und insofern wird derselbe durch die Rechtsregel: casum sentit dominus offenbar überflüssig gemacht. Allein wann man im §. 1311. „Vermögen" durch „Eigenthum" übersetzen dürfe, das ist eben die Frage. Denn thut man es zur Unzeit, so überträgt man entweder auf den Eigenthümer den casus, den er nicht zu tragen hat, wie z. B. auf den Erben, der ein speciell bezeichnetes Legat zu zahlen hat, oder man bürdet den casus blos dem Eigenthümer auf, während auch andere Personen ihn zugleich zu tragen haben, wie dies z. B. beim Pfandgläubiger und dem Innehaber einer Servitut der Fall ist. Kein Prinzip ist daher leicht mißlicher als die Rechtsregel: casum sentit dominus.

Endlich kommt der Grundsatz des §. 1311: „der Zufall trifft denjenigen, an dessen Vermögen er sich ereignet hat", im österreichischen Civilgesetzbuche auch in dem Sinne vor, daß der durch den casus Verlierende zwar keinen eigentlichen (vollständigen) Ersatz, aber doch eine gewisse Entschädigung verlangen kann. Zeiller Thl. 3. S. 736. beruft sich nämlich, als eine Anwendung des §. 1311. enthaltend, auf den §. 1015. vom Mandate, zu welchem er Thl. 3. S. 292. folgendes bemerkt: „Beim Mandate trifft ein blos zufälliger Schade, z. B. durch Ungewitter oder räuberischen Angriff, den Eigenthümer, folglich entweder den Machtgeber oder den Machthaber, je nachdem er sich an den eigenthümlichen Sachen des einen oder des andern zugetragen hat. Aus Gründen der Billigkeit gestattet jedoch der §. 1015. dem Mandatar, welcher zufälligerweise bei der Geschäftsführung Schaden erlitt, wenn er das Geschäft unentgeltlich übernahm, eine Entschädigung in dem Sinne, daß er „den höchsten Schätzungswerth seiner Bemühung (seines Dienstes)" verlangen kann." Erwägt man hier, daß es sich nicht von einem eigentlichen Ersatze des

Schadens, sondern von einer Entschädigung in einem anderen Sinne handelt, so besteht damit freilich das Prinzip: casum sentit dominus, ohne allen Widerspruch. Allein diese Mitteltheorie des österreichischen Gesetzbuches zwischen dem römischen Rechte (§. 10.) und dem Code Napoléon Art. 2000. dürfte schwerlich zu billigen seyn, zumal da nach der im §. 1311. enthaltenen Unterscheidung zwischen „in der Person" und „an der Person" der Mandatar nur dann ein Recht auf Entschädigung wegen seiner Bemühung hat, wenn sich der casus an seiner Person ereignete. Wurde er z. B. auf der Reise krank, so hat er kein Recht darauf, weil gewissermaßen seine Person selbst an dem Unglück Schuld ist. Doch wird man hier wohl noch genauer zu unterscheiden haben. Man setze im aussерobligatorischen Verhältnisse folgende, hier zur Analogie dienende Fälle. A steigt auf ein Dach, bekommt einen Anfall von Schwindel oder Ohnmacht, fällt herab, und beschädigt Menschen oder Sachen. Hier haftet er für den casus, weil sich derselbe in seiner Person ereignet hat. Ging aber, als er sich auf dem Dache befand, ein Ziegel los, oder es trat plötzlich ein Regen ein, in Folge dessen er ausglitt und im Herabfallen Menschen oder Sachen beschädigte, so haftet er für den Schaden, den er angestiftet hat, nicht, weil sich der casus an seiner Person ereignet hat. Wenden wir dies auf die Krankheit des Mandatars, die diesen auf der Reise befiel, an, so würde man zu unterscheiden haben, ob die Krankheit ihren Grund in seiner Person (Natur), oder in äusseren Umständen unabhängig von derselben hatte, um ihn in jenem Falle die Entschädigung ab-, in diesem hingegen zuzusprechen. Das wäre aber doch übersubtil! Auch im §. 1160. kommt diese Unterscheidung zwischen dem Zufall in der Person und an der Person vor. Der §. 1160. spricht nämlich aus, daß beim Lohnvertrage, wenn derselbe unterbrochen werde, kein Theil dem andern für den Zufall hafte, und dabei bemerkt Zeiller, Thl. 3. S. 505, daß hier der bloße Zufall gemeint sey, d. h. der äussere (ausser der Person gelegene) Zufall, wie z. B. wenn entweder der Besteller der Arbeit, oder der Bestellte in feindliche oder räuberische Gefangenschaft gerathe, wogegen in Krankheitsfällen es sich umge-

kehrt verhält. Dies ist zugleich ein Fall, auf welchen weder die Rechtsregel: debitor speciei etc., noch der Satz: „der Zufall trifft denjenigen, an dessen Vermögen er sich ereignet hat", noch endlich die Rechtsregel: casum sentit dominus paßt, und mit Rücksicht hierauf hat Zeiller (aber freilich gegen den Buchstaben des Gesetzes) das Prinzip des §. 1311. dahin interpretirt, daß der Zufall denjenigen treffe, an dessen Vermögen oder an dessen Person er sich ereignet habe. Man sieht daraus, mit wie großer Kunst und mannigfachen Distinctionen die Grundsätze des österreichischen Gesetzbuches zur Anwendung zu bringen sind, und daß sie der Einfachheit und inneren Klarheit entbehren. Schließlich:

C. haben wir noch das bereits gelegentlich besprochene Prinzip des §. 1447. in seiner Anwendung auf die seither nicht zur Sprache gekommenen Fälle zu betrachten. Der §. 1447. lautet vollständig so:

„Der zufällige Untergang einer bestimmten Sache hebt alle Verbindlichkeit, selbst die, den Werth derselben zu vergüten, auf. Dieser Grundsatz gilt auch für diejenigen Fälle, in welchen die Erfüllung der Verbindlichkeit, oder die Zahlung einer Schuld durch einen andern Zufall unmöglich wird. In jedem Falle muß aber der Schuldner das, was er, um die Verbindlichkeit in Erfüllung zu bringen, erhalten hat, zwar gleich einem redlichen Besitzer, jedoch auf solche Art zurückstellen oder vergüten, daß er aus dem Schaden des Andern keinen Gewinn zieht."

Der erste Satz dieses §. spricht die bekannte Rechtsregel: debitor speciei liberatur ejus interitu fortuito aus, und überhaupt bezieht sich der ganze §. auf das obligatorische Verhältniß. „Wenn, sagt Zeiller Thl. 4. S. 180, eine bestimmte Sache (denn genus non perit) zufällig zu Grunde geht, so verliert der Berechtigte sein auf dieselbe sich beziehendes Recht, und der Verpflichtete kann weder zu der unmöglichen Erfüllung, noch zum Ersatze des Werths oder Schadens, woran er keine Schuld trägt, angehalten werden. Von der Unmöglichkeit anderer Leistungen gelten die gleichen Grundsätze. Der Verpflichtete kann weder zur Erfüllung derselben, noch zum Ersatze für einen blos äusse-

ren Zufall angehalten werden. Doch soll kein Theil auf Kosten des andern einen Vortheil genießen." „Diese Grundsätze, fährt Zeiller fort, fordern aber in ihrer Anwendung auf die verschiedenen Arten der Leistungen und Rechtsgeschäfte verschiedene Modificationen". In dieser Beziehung stellt das österreichische Gesetzbuch folgendes System auf:

a) In einigen Fällen muß oder kann (wie Zeiller a.a.O. sich sehr unbestimmt ausdrückt) für denjenigen, welchem die Leistung durch einen äusseren Zufall unmöglich wird, ein Anderer zur Leistung bestellt werden. Dies ist der Fall beim Mandat und beim Lohnvertrag. Im §. 1010. ist nämlich als Regel ausgesprochen, daß der Mandatar nicht befugt sey, das Geschäft einem Stellvertreter anzuvertrauen. Thut er es dennoch, so haftet er selbst für den Zufall, der sich ohne die Aftervollmacht nicht ereignet haben würde (§. 1295.). Eine Ausnahme tritt jedoch ein, wenn er entweder zur Ernennung eines Stellvertreters ausdrücklich autorisirt, oder dieselbe durch die Umstände unvermeidlich ist; mit andern Worten (Zeiller Thl. 3. S. 284) wenn der Mandatar in dringenden Fällen wegen persönlicher Verhinderung zur Wahl eines Stellvertreters, oder nach der Natur des Geschäfts zur Wahl eines Gehülfen genöthigt worden ist. Soll nun durch die Worte: „unvermeidlich" und „wegen persönlicher Verhinderung genöthigt" eine Verpflichtung des Mandatars, oder nur ein Recht desselben ausgesprochen werden? Dies läßt sich mit Bestimmtheit nicht entscheiden, und bleibt auch nach den obigen Worten Zeiller's „muß (soll) oder kann" zweifelhaft. Das Müssen (die Pflicht) ist hingegen im §. 1192. beim Lohnvertrage von Seiten des Bestellers der Arbeit ausgesprochen. „Die Erben desselben, heißt es dort, müssen den Vertrag fortsetzen, oder den Bestellten schadlos halten." Nun ist es allerdings wahr, daß der Tod ein äusserer Zufall ist, welcher in der Person des Bestellers die Annahme der Arbeit unmöglich macht. Allein wie paßt dieser Fall hieher, da es sich ja nicht von einer Verpflichtung des Contrahenten, sondern seiner Erben handelt? Es gehört die Bestimmung des §. 1192. vielmehr in das Kapitel von

dem Uebergange der Verträge auf Erben, wie dies auch Zeiller selbst durch die Berufung auf den §. 918 anerkennt.

b) In andern Fällen, bemerkt Zeiller, genügt eine andere, der aufgetragenen nahe kommende Leistung. Dies ist bei dem Nachlasse unter einem Auftrage, bei der Rückzahlung eines Darlehns in bestimmten Münzsorten, und bei der gerichtlichen Deposition der Fall. Im §. 710 ist nämlich bestimmt, daß wenn der Erblasser Jemandem einen Nachlaß (Erbportion oder Legat) unter einem Auftrage zuwendet, und dieser wegen äusserer Umstände nicht genau erfüllt werden kann, wie z. B. wenn die von dem Erblasser vorgeschriebene feierliche Begräbnißart, oder die Errichtung eines Monuments zu seinem Andenken von der öffentlichen Verwaltung nicht gestattet wird, so solle der Instituirte diesem Auftrage wenigstens nach Möglichkeit nachzukommen suchen. Dieser Fall scheint aber kaum hieher zu gehören, indem der §. 709 dergleichen Nachlässe als sub conditione resolutiva hinterlassen ansieht, und der §. 710 sie nur durch eine interpretatio benigna dem Instituirten zu erhalten sucht. Dagegen gehören die §. 989 und 1425 allerdings hieher. Soll ein Darlehn in bestimmten Münzsorten zurückgezahlt werden, und werden dieselben inzwischen im Staate verrufen, so wird der debitor durch dieses Ereigniß (casus) zwar von seiner speciellen Verbindlichkeit, nicht aber von seiner Verbindlichkeit überhaupt frei. Er muß daher dem Gläubiger auf andere Weise Zahlung leisten (§. 989.). Eben so wenn ein Gläubiger unbekannt oder abwesend ist, oder das Angebotene nicht annehmen will, so wird der Schuldner durch diese Nicht-Möglichkeit der Erfüllung seiner Verbindlichkeit (casus) keineswegs von derselben befreiet, aber er kann sich durch gerichtliche Deposition der Schuld von der ganzen Verbindlichkeit frei machen (§. 1425.).

c) In anderen Fällen, sagt Zeiller, ist der Vertrag für ungeschlossen anzusehen, und Alles soviel möglich in den vorigen Stand herzustellen. Hier kommen wir auf ein Gebiet von Fällen, worüber sehr verschiedene Ansichten bestehen, und wollen daher betrachten, wie das österreichische Gesetzbuch diese

schwierige Aufgabe gelöst hat. Nach römischem Rechte geht beim Kaufvertrage die Gefahr der verkauften Sache vom Augenblicke der Perfection des Vertrags auf den Käufer über, weil der Verkäufer als debitor speciei angesehen wird, und daher der Grundsatz: debitor speciei liberatur ejus interitu fortuito, oder das allgemeine Princip: casus a nemine praestantur auf ihn zur Anwendung kommt. Allein schon das preußische Landrecht Thl. 1. Tit. 11. §. 95 f. hat diese Bestimmung des römischen Rechts verlassen, indem es bei nicht in Bausch und Bogen abgeschlossenen Verkäufen die Gefahr und die Nutzungen bis zur Uebergabe der Sache auf den Verkäufer überträgt, und daher den Contract für aufgehoben erklärt, wenn die Sache vorher durch Zufall zu Grunde ging. Das Gleiche gilt vom Tauschvertrage. Hingegen das österreichische Gesetzbuch gründet seine Bestimmungen über den Tausch- und Kaufvertrag (§. 1048—51. §. 1064 und 1066) auf folgende Unterscheidungen.

Erstens: es ist eine Zeit bedungen, zu welcher die Uebergabe geschehen soll. Wird dann in der Zwischenzeit die vertauschte oder verkaufte Sache durch Verbot ausser Verkehr gesetzt, oder zufälligerweise ganz oder doch über die Hälfte am Werthe zu Grunde gerichtet, so ist der Tausch, beziehungsweise Kauf als nicht geschlossen anzusehen. Andere in der Zwischenzeit durch Zufall erfolgte Verschlimmerungen der Sache und Lasten heben zwar den Vertrag nicht auf, gehen aber auf Rechnung des Besitzers (also beim Kaufe auf Gefahr des Verkäufers). Nur bei Sachen, die in Bausch und Bogen behandelt werden, trägt der Unternehmer, beziehungsweise der Käufer den zufälligen Untergang einzelner Stücke, wenn anders hiedurch nicht das Ganze über die Hälfte am Werthe verändert worden ist.

Zweitens: es ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen. Dann sind, wenn keinem Theile ein Versehen zur Last fällt, die vorstehenden Vorschriften wegen Gefahr und Nutzungen auf den Zeitpunct der Uebergabe selbst anzuwenden (d. h. der Besitzer, mithin der Ueberträger, beziehungsweise der Verkäufer, hat die Gefahr zu tragen).

Nach Gönner's Urtheil [1], soll die österreichische Gesetzgebung diese schwierige Frage glücklicher als alle Gesetzgebungen (das römische, preußische und französische Recht) nach richtigen Prinzipien entschieden haben. Doch meint er, „sey es richtiger, in dem zweiten Falle, wenn nämlich keine Zeit zur Uebergabe oder zur Zahlung bedungen sey, die Gefahr der gekauften Sache gleich nach dem Kaufsabschlusse auf den Käufer übergehen zu lassen. Denn in diesem Falle könne der Käufer die Uebergabe sogleich fordern, der Verkäufer sie jedoch nach §. 1062. so lange, bis die baare Zahlung geleistet sey, verweigern. Mithin müsse der Käufer mit der Erfüllung des Vertrags anfangen, und insofern falle ihm ein Verzug zur Last, wenn er das Kaufgeld nicht zahle und die Uebergabe nicht fordere. Mit Rücksicht auf diesen Verzug sey daher der Käufer mit der Gefahr zu belegen." Allein es ist sehr zu bezweifeln, ob das Recht, welches er auf sofortige Tradition hat, zugleich eine Pflicht ist, und wenn dieses (wie es scheint) zu läugnen ist, so kann dann von einer aus der Nicht-Erfüllung jener angeblichen Pflicht entspringenden mora nicht die Rede seyn.

Wir wollen jetzt auf die Gründe der obigen Bestimmungen eingehen, und zwar nach Anleitung Zeiller's (Thl. 3. S. 343.).

Zum ersten Fall: es ist eine Zeit der Uebergabe bestimmt worden, und die vertauschte oder verkaufte Sache geht in der Zwischenzeit durch casus verloren; dann trägt der Besitzer (Uebertäger, Verkäufer) deshalb die Gefahr, „weil er vor erfolgter Uebergabe noch immer Eigenthümer der Sache ist (§. 1045.), und ein bloß zufälliger Schade den Eigenthümer trifft (§. 1311.), endlich auch dem andern Contrahenten (Uebernehmer, Käufer) nicht zur Last gelegt werden kann, daß er die Sache nicht früher übernommen habe, weil er sie vor der bedungenen Zeit zu fordern nicht berechtigt, und zu übernehmen nicht verpflichtet war." Zudem, bemerkt Zeiller, „ereignet sich der Schade seltener aus einem bloßen Zufalle, als aus einem Versehen des Besitzers, das aber oft schwer zu erweisen ist. Die Haftung des Besitzers spornt

1) Archiv für Gesetzgebung. Thl. 4. S. 274.

ihn um so mehr an, für die Erhaltung der Sache Sorge zu tragen." Nur in der Art oder in dem Maaße, wie der Besitzer den Schaden zu tragen hat, liegt eine Verschiedenheit. Ist nämlich:

a) die Sache in der Zwischenzeit durch Verbot ausser Verkehr gesetzt, oder ist sie zufälliger Weise, z. B. durch Brand, Erderschütterung, Verheerungen, oder Gewaltthätigkeiten, ganz oder doch über die Hälfte an ihrem Werthe zu Grunde gegangen, so ist der Vertrag für erloschen anzusehen, und der Besitzer trägt allein den Verlust. Der andere Theil ist an sein Versprechen, da die Bedingung, unter der er es gemacht hat, ganz oder doch größtentheils wegfällt, weiter nicht gebunden; er ist nicht schuldig sich mit einer Schadloshaltung, oder einer anderen statt der bestimmten Sache zu begnügen, und kann daher auch was er bereits dafür gegeben hat, zurückfordern.

b) Andere zufällige Verschlimmerungen (deteriorationes) von minderer Art gehen zwar auch auf Rechnung und Gefahr des Besitzers, weil er Eigenthümer ist; allein sie berechtigen den andern Theil nicht von dem Vertrage abzugehen, sondern nur eine verhältnißmäßige Vergütung zu fordern, weil keine wesentliche, den Hauptgegenstand und die Hauptabsicht vereitelnde Veränderung vorgegangen ist. Von dieser letzteren Vorschrift machen indeß der Tausch und der Kauf in Bausch und Bogen eine Ausnahme, weil der Unternehmer, beziehungsweise Käufer nicht auf die volle Zahl oder die gute Beschaffenheit aller einzelnen Stücke (z. B. von einer eingetauschten Fuhr Obstes) Rücksicht nimmt, und durch die Erhaltung des größern Theils gewöhnlich für den von ihm gegebenen Werth noch immer entschädigt wird.

Zum zweiten Fall: es ist keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache bedungen; dann kann, bemerkt Zeiller a. a. O. S. 347, jeder Theil (wenn er anders den Vertrag bereits erfüllt hat oder zu erfüllen bereit ist) sogleich auf Erfüllung dringen, und sobald diese erfolgt, trifft den Unternehmer, beziehungsweise den Käufer als Eigenthümer Gefahr und Nutzen. Allein bis die Uebergabe erfolgt, verbleibt der Nutzen aus der nämlichen Ursache, d. h. weil er noch Eigenthümer der Sache ist,

dem Besitzer (Ueberträger, Verkäufer), und eben deshalb trifft ihn auch die Gefahr, es wäre denn, daß er den andern Theil zur Uebernahme betrieben, und dieser die Sache zu übernehmen unterlassen hätte *).

So weit Zeiller! Allein man fragt mit Recht: 1) wozu diese Unterscheidung zwischen dem Falle, da eine Zeit, und da keine Zeit zur Uebergabe der bestimmten Sache festgesetzt ist, da ja in beiden Fällen gleichmäßig der Besitzer, d. h. der Ueberträger, beziehungsweise der Verkäufer den casus zu tragen hat? Dies mochte wohl auch der Grund seyn, weshalb Gönner, in seiner Erwartung getäuscht, auf jene Unterscheidung ein entgegengesetztes Prinzip gründen wollte! 2) Wie konnte Zeiller das Tragen der Gefahr hier auf den Grundsatz: casum sentit dominus gründen, da ja derselbe weder ein durchgreifendes Prinzip, noch auch nur im österreichischen Gesetzbuche ausdrücklich ausgesprochen ist? Der §. 1311 sagt ganz allgemein: „der Zufall trifft denjenigen, in (an) dessen Vermögen er sich ereignet hat." Nun gehört zwar auch das Eigenthum zum Vermögen, allein es giebt ausser dem Eigenthum noch andere Vermögensrechte, nämlich jura in re und Forderungen. Da sich nun nach Zeiller selbst der Ausdruck „Vermögen" auch auf jura in re bezieht (wie das obige Beispiel von den Servituten ergiebt), so ist nicht einzusehen, weshalb Forderungen davon ausgeschlossen seyn sollten. Solche Forderungen bestehen z. B. beim Kauf- und Tauschcontracte. Wendet man daher den §. 1311 auf dieselben an, so besagt dieser §. auf der einen Seite: der casus trifft den Verkäufer, weil er sich an dessen Vermögen, d. h. an dessen Eigenthum ereignet hat; und auf der andern Seite: der casus trifft den Käufer, weil er sich an dessen Vermögen, d. h. an einer Forderung desselben ereignet hat, folglich kann er das bereits Gezahlte nicht wieder zurückverlangen. Dies würde aber widersprechend seyn! Ferner: 3) ist nicht einzusehen, wie Zeiller behaupten kann, daß der casus sich

*) Damit spricht auch Zeiller aus, daß das was Gönner nach dem Obigen für eine Pflicht hält, nur ein Recht sey.

gewöhnlich aus einem, freilich schwer zu erweisenden, Versehen des Besitzers (Verkäufers, Ueberträgers) ereigne. Denn abgesehen davon, daß diese Voraussetzung nicht auf diejenige Fälle paßt, welche Zeiller selbst als Beispiele gewählt hat, daß nämlich die Sache durch Verbot ausser Verkehr gesetzt wurde, daß sie durch Erderschütterung, Verheerungen oder Gewaltthätigkeiten zu Grunde ging (nur bei dem angeführten Beispiele vom Brande kann die Schuld **in concreto** oft zweifelhaft seyn); abgesehen ferner davon, daß dann die Verpflichtung zum Tragen des **casus** mehr auf einer präsumtiven Verschuldung (**culpa**) und auf politischen Gründen (nämlich **ad augendam diligentiam**) beruhen würde, als auf der Rechtsregel **casum sentit dominus**; abgesehen hievon, so ist am wenigsten zu begreifen, wie unter diesen Umständen das österreichische Gesetzbuch mit dem römischen Rechte den Commodatar, Depositar, Pfandgläubiger u. s. w. von der Verbindlichkeit den Zufall zu tragen, befreien konnte. Sollte unter diesen Umständen wohl mit Recht behauptet werden können, daß das österr. Gesetzbuch die Lehre vom **casus** in obligatorischen Verhältnissen auf eine nachahmungswürdige Weise dargestellt habe?

Wir wenden uns jetzt:

III. zu dem Bernischen Civilgesetzbuche, zweiten Theils zweiten Hauptstücks, Bern 1830. Dieses enthält ein aus den Bestimmungen des römischen Rechts, des österreichischen Gesetzbuches, und des **Code Napoléon** gemischtes System. Dem römischen Rechte folgt es darin, daß es bei absolut unzurechnungsfähigen Personen (Kindern und gemüthskranken Personen) keine Haftung für Verletzungen anerkennt, sondern den Schaden dem Zufall zumißt (Satzung 971.), womit zugleich das Haften für den s. g. persönlichen, d. h. in der Person gelegenen, Zufall sowohl in als ausserhalb des Obligationsnexus wegfällt. Dem **Code Nap.** folgt es darin, daß es den Mandanten verpflichtet, auch denjenigen Schaden zu vergüten, welcher für den Mandatar „aus der Besorgung des Geschäfts entstand" (Satzung 791.), womit aber eine andere Bestimmung, nämlich die, daß der Commodatar für den **casus** nicht zu haften braucht (Satzung 743. 1023.), nicht

wohl harmonirt. Indeß findet sich diese Inconsequenz, welche das mittelalterliche deutsche Recht so glücklich vermieden hat, schon in dem Code Napoléon, welcher hier zum Muster diente. Dem österreichischen Gesetzbuche endlich folgt es darin, daß es gleich diesem zwei Prinzipe mit ohngefähr gleichlautenden Worten aufstellt, nämlich Satzung 975:

„Der Schade, den ein Zufall veranlaßt, muß von demjenigen ertragen werden, an dessen Person oder Vermögen sich derselbe ereignet."

Und Satzung 1023:

„Der gänzliche Untergang des Gegenstandes der Verletzung, wenn dieser eine bestimmte Einzelsache ist, so wie auch die Unmöglichkeit die Leistung zu erfüllen, zu der sich der Schuldner verpflichtet, wenn der eine oder die andere durch einen Zufall verursacht worden, hebt die Verbindlichkeit in dem Maaße auf, daß der Schuldner nicht für die Entschädigung belangt werden kann, es sey denn er habe sich in Säumniß befunden ꝛc."

Hieran schließt sich die Satzung 1024:

„Hat der Schuldner von dem Gläubiger einen Gegenwerth für die untergegangene Sache, oder für die unmöglich gewordene Leistung empfangen, so muß der erstere dem letzteren dafür wie ein redlicher Besitzer Rechnung tragen."

Eine Anwendung hievon enthält die Satzung 808 vom Kaufvertrage, wo unter Verweisung auf Satzung 1023 ausgesprochen ist: „Geht der Kaufgegenstand vor der Uebergabe durch Zufall zu Grunde, oder wird er durch einen Zufall bedeutend beschädigt, so fällt in dem ersten Falle der Vertrag dahin, und in dem letzteren hat der Käufer das Recht, von dem Vertrage zurückzutreten." Vgl. auch Satzung 845. 857. 860. u. s. w.

IV. Der Code Napoléon, und mit ihm das Badische Landrecht (welches letztere jedoch einige Zusätze und Modificationen erhalten hat) unterscheiden bei den Verträgen zwei Hauptfälle, nämlich obligations de donner (Bad. Landrecht: Verbindlichkeit etwas zu geben), und obligations de

faire ou de ne pas faire (Bad. Landrecht: Verbindlichkeit etwas zu leisten).

Für die erste Classe der Verträge spricht der Art. 1138 den dem römischen Rechte unbekannten *) Grundsatz aus, daß überall wo ein Geben (donner) Gegenstand des Vertrags sey, die bloße Einwilligung der Contrahenten den Gläubiger zum Eigenthümer mache, und die Gefahr der Sache von der Zeit an auf ihn übertrage, wo sie ihm hätte übergeben werden sollen (dès l'instant ou elle a dû être livrée), wenn auch die Uebergabe nicht erfolgt sey; es möchte denn der Schuldner im Lieferungs-Verzuge seyn, in welchem Falle er die Gefahr zu tragen hat. Dieses Prinzip ist einer doppelten Auslegung fähig, je nachdem man die Worte des Art. 1138: rend le créancier propriétaire et met la chose à ses risques dès l'instant ou elle a dû être livrée (Bad. Landr. Art. 1138: die Einwilligung macht den Gläubiger zum Eigenthümer; sie überträgt auch auf ihn die Gefahr ꝛc.) copulativ oder disjunctiv auffaßt. Sie sagen nämlich:

a) entweder aus: durch die bloße Einwilligung der Contrahenten erwirbt der Gläubiger immer und von dieser Zeit an gerechnet das Eigenthum der versprochenen Sache, aber die Gefahr derselben trägt er nicht sogleich, sondern erst von der Zeit, wo sie ihm hätte übergeben werden sollen. Die Zeit der Uebergabe ist nun entweder im Vertrage selbst bestimmt, oder nicht. Im letzteren Falle bedarf es einer Interpellation des Gläubigers um den Schuldner in mora zu bringen (Art. 1138). Läßt nun der Schuldner den vertragsmäßigen Termin der Uebergabe verstreichen, oder giebt er der Interpellation keine Folge, so

*) Das entgegengesetzte Prinzip des römischen Rechts ist nämlich: dominia rerum traditionibus et usucapionibus, non nudis pactis transferuntur. Im älteren französischen Rechte war dagegen die traditio ficta eine clause de style, und dies gab Veranlassung zu der Vorschrift der Art. 1138 und 1583 des Code Nap.

kommt er von dieser Zeit an in mora, und hat daher die Gefahr zu tragen.

Diese Auslegung des Art. 1138, wonach der Erwerb der Sache zu Eigenthum und das Tragen der Gefahr von Seiten des Gläubigers in eine verschiedene Zeitperiode fallen, und daher letzteres keine Folge des ersteren ist, scheint ihre Bestätigung in dem Art. 839 von der Schenkung, und dem Art. 1583 vom Kaufe zu finden, worin klar ausgesprochen ist, daß der Beschenkte, beziehungsweise der Käufer schon durch den bloßen Consens, mithin von dieser Zeit an, das Eigenthum erwerben. Oder:

b) die obigen Worte des Art. 1138 sagen aus: der Vertrag überträgt auf den Gläubiger beides, das Eigenthum und (daher) auch die Gefahr erst von der Zeit an, wo die Sache hätte überliefert werden sollen. Nach dieser Interpretation fallen Eigenthumserwerb und Tragen der Gefahr in den nämlichen Zeitmoment, und man würde das Tragen der Gefahr nach dem, im französischen Rechte so häufig benutzten Grundsatze: res perit domino als eine Folge des Eigenthumserwerbs zu betrachten haben. Es kann auch nicht zweifelhaft seyn, daß man nach der Fassung des Art. 1138 die Endworte desselben: dès l'instant ou elle a dû être livrée gleicherweise auf den Erwerb des Eigenthums, wie auf das Tragen der Gefahr beziehen kann, und so haben auch die Motive zum Art. 1138 die Sache aufgefaßt, indem sie bemerken [2]):

C'est le consentement des contractants qui rend parfaite l'obligation de livrer la chose. Il n'est donc pas besoin de tradition réelle pour que le créancier doive être considéré comme proprietaire, aussitôt que l'instant, ou la livraison doit se faire, est arrivé. Ce n'est plus alors un simple droit à la chose qu'a le créancier, c'est un droit de proprieté, jus in re; si donc elle perit

2) Code Napol. suivi de l'exposé des motifs etc. Paris 1808. Vol. 5. p. 17.

par force majeure, ou par cas fortuit, depuis l'époque où elle à dû être livrée, la perte est pour le créancier, suivant la règle: res perit domino.

Für diese Ansicht, als die wahrscheinlichere, hat sich auch Gönner[3]), wenn gleich nur gelegentlich, erklärt, zugleich aber auch darauf aufmerksam gemacht, daß damit der Art. 1583 vom Kaufvertrage nicht harmonire. Dieser Art. 1583. lautet folgendermaßen:

La vente est parfaite entre les parties, et la propriété est acquise de droit a l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, quoique la chose n'ait pas encore été livrée, ni le prix payé.

Diese Bestimmung ist im Bad. Landrechte Art. 1583 nicht eben genau so übersetzt worden:

„Der Verkauf ist abgeschlossen und das Eigenthum des Verkäufers geht kraft des Gesetzes auf den Käufer über, sobald man über die Sache und den Preis einig ist, ohne daß dazu die Uebergabe der Sache oder Zahlung des Kaufschillings vorausgehen muß."

Die Worte des Code Nap. l. c. „à l'égard du vendeur" sind hier nicht gehörig berücksichtigt worden. Denn sie sagen aus, daß kraft des Gesetzes das Eigenthum von dem Käufer nur in Beziehung auf seinen Verkäufer, also nicht gegen einen Dritten*) von der gedachten Zeit an erworben werde. Dieser Zeitpunct ist aber nach dem Wortlaute des Art. 1583. nicht, wie sub b. angenommen wurde, die Zeit, wo der Gläubiger (Käufer) die Uebergabe der Sache zu fordern berechtigt ist, sondern vielmehr, wie beim Schenkungsvertrage Art. 938., die Zeit des abgeschlossenen oder perfect gewordenen Vertrags, und gleicherweise

3) Archiv für Gesetzg. Bd. 4. S. 273. verbis: „hier wird dennoch die Gefahr (und wegen der Verbindung wahrscheinlich auch das Eigenthum) erst von der Zeit an auf den Gläubiger übertragen, wo die Uebergabe erfolgen sollte."

*) Vgl. jedoch Zachariä, Handbuch des franz. Civilrechts Thl. 2. §. 349. Anm. 17.

wird beim Tauschcontracte Art. 1707 lediglich auf die Grundsätze des Kaufvertrags verwiesen. Insofern scheint die sub a. ausgesprochene Ansicht, welche auch Zachariä[4]) für die richtige hält, doch das Mehrste für sich zu haben. Der Eigenthumserwerb und das Tragen der Gefahr fallen danach (und nach der disjunctiven Fassung des Art. 1138 des Bad. Landrechts kann dies in Beziehung auf Baden keinem Zweifel unterliegen) in einen verschiedenen Zeitmoment, und dann kann das Tragen der Gefahr nicht mehr mit dem Grundsatze: res perit domino oder casum sentit dominus in Verbindung gebracht werden, weil sonst der Gläubiger den casus vom Augenblicke der Perfection des Vertrags zu tragen hätte. Es ist indeß, was die Frage über das Tragen des casus betrifft, gleichviel, ob man den Eigenthumserwerb des Gläubigers mit der ersten Theorie in eine frühere, oder mit der zweiten in eine spätere Zeitperiode setzt. Denn der Art. 1624 verweist in Ansehung der Frage, wer beim Kaufvertrage das periculum interitus und deteriorationis zu tragen habe, auf die allgemeinen Regeln in dem Titel: „von den Rechten und Verbindlichkeiten die aus Verträgen entspringen". Diese Regeln sind nun aber bei den obligations de donner folgende:

1) nach Art. 1148 ist der Schuldner von aller Verbindlichkeit, folglich auch von der Ersatzpflicht frei, wenn er durch höhere Gewalt oder durch Zufall verhindert wird das zu geben (donner), was er schuldig ist, in welcher Beziehung man sich auf den allgemeiner gefaßten Grundsatz des Art. 1302 berufen kann; und

2) nach Art. 1138 hat der Gläubiger die Gefahr zu tragen von der Zeit an gerechnet wo er die Uebergabe der Sache (Ausantwortung des Besitzes) fordern kann, er mag nun, wie nach der ersten Theorie das Eigenthum schon früher, oder wie nach der zweiten Theorie erst jetzt erwerben. Wenn nun vor oder bis zu der Zeit, wo die Ueberlieferung erfolgen sollte, die Sache

4) Handbuch des franz. Civilrechts. Thl. 2. §. 299. vgl. mit §. 180.

bei dem Schuldner durch casus zu Grunde ging oder deteriorirt wurde, so haftet dieser nach Art. 1148 und 1302 dem Gläubiger hiefür nicht, mithin hat Letzterer den casus zu tragen; und wenn sie nach dieser Zeit bei dem Schuldner durch casus verloren ging oder deteriorirt wurde, ohne daß er dabei in mora war (z. B. weil der Gläubiger nicht interpellirte, oder nach Art. 1612 das Kaufpretium nicht gezahlt hatte), so haftet der Schuldner nach Art. 1138 eben so wenig dafür. Insofern ist es rechtlich betrachtet gleichgültig, ob man den Eigenthumserwerb des Gläubigers in eine frühere oder spätere Zeit setzt, indem das Resultat in beiden Fällen das nämliche ist, daß nämlich von der Perfection des Geschäfts angerechnet der Gläubiger bis dahin den casus zu tragen hat, daß der Schuldner in mora gekommen ist. Mithin hätte der Code Napoléon, welcher hier (abgesehen von dem Eigenthumserwerbe durch den bloßen Vertrag) ganz dem römischen Rechte folgt, sich viel einfacher ausdrücken können.

Der Art. 1302 stellt überhaupt mit dem römischen Rechte für einseitige und zweiseitige Verbindlichkeiten, welche eine individuell bestimmte Sache zum Gegenstande haben, den Grundsatz auf, daß der casuelle Untergang derselben die Verbindlichkeit aufhebe. Dieses Prinzip gründen die Motive zum Art. 1302. Thl. 5. S. 75 und 236 auf den Satz: res perit domino (casum sentit dominus), weil der Gläubiger durch die bloße Einwilligung der Contrahenten Eigenthümer der Sache werde, ohne jedoch der einseitigen Obligationen, worauf jenes Prinzip doch eben so gewiß zur Anwendung kommt, zu erwähnen. Denn so z. B. haben auch der Commodatar, der Depositar, der Pfandgläubiger u. s. w. den casus nicht zu tragen, wie der Code Nap. an den betreffenden Stellen ausdrücklich ausgesprochen hat; und das Gleiche gilt auch von dem periculum deteriorationis nach Art. 1245. Unter diesen Umständen ist nicht wohl einzusehen, wozu es neben dem Prinzipe des Art. 1302 noch des im Art. 1148 ausgesprochenen Prinzips bedarf, „daß die Entschädigungsklage wegfalle, wenn der Schuldner durch vis major oder casus verhindert werde die Sache zu geben (donner), die

er schuldig sey". Denn wird nach Art. 1148 die Verbindlichkeit durch den casuellen Untergang der Sache, und zwar in Folge der Rechtsregel: casum sentit dominus, aufgehoben, so versteht es sich von selbst, daß dann von einer Entschädigungsklage nicht weiter die Rede seyn kann. Hätte sich der Art. 1303 ohne zwischen dem verschuldeten und unverschuldeten Untergange zu unterscheiden, mithin ganz im Allgemeinen, dahin ausgesprochen, daß der Untergang der certa species überhaupt die Verbindlichkeit (nämlich das specielle Object des Vertrags zu leisten) aufhebe, so hätte es daneben allerdings des Prinzips des Art. 1148 bedurft, daß im Falle des casus der Schuldner auch nicht zum Ersatze verpflichtet sey. Allein der Art. 1302 drückt sich keineswegs so generell aus, sondern läßt die Verbindlichkeit nur im Falle des casuellen Unterganges rechtlich erlöschen, wodurch der Art. 1148 ganz überflüssig gemacht wird. Auch weiß man bei der Eintheilung der Verbindlichkeiten in obligations de donner und de faire ou de ne pas faire nicht recht, wohin die einseitigen, auf Rückerstattung einer certa species gerichteten Verträge gehören sollen.

Was zweitens die obligations de faire ou de ne pas faire betrifft, so spricht der Code Nap. auch in diesen Fällen, wo der Gegenstand der Verbindlichkeit eine Handlung oder Unterlassung ist, den gleichen Grundsatz aus. Nach Art. 1142 löst sich jede nicht erfüllte Verbindlichkeit etwas zu thun oder zu unterlassen in die Verbindlichkeit zum Schadensersatze auf. Wenn daher der Schuldner gegen eine ihm obliegende negative Verbindlichkeit handelt (Art. 1145), oder wegen der Erfüllung einer positiven persönlichen Verbindlichkeit im Verzuge ist (Art. 1139), so ist die Klage auf Schadensersatz zu richten (nemo ad faciendum sive ad actum cogi potest). Die Klage auf Schadensersatz fällt aber nach dem (auf das donner, faire und non faire zugleich sich beziehenden) Art. 1148 weg, wenn der Schuldner durch vis major oder casus verhindert wurde das zu thun, was er thun sollte, oder thun mußte, was er unterlassen sollte.

Il n'y a lieu à aucuns dommages et intérêts lorsque par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit le debiteur a été empêché [de donner ou] de faire ce à quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit.

Auffallend genug ist im Code Napoléon von diesem Falle bei den „Erlöschungsgründen der Verbindlichkeiten" gar nicht die Rede, sondern es wird dort nur des casuellen Unterganges einer certa species gedacht, was wohl daher rührt, daß auch Pothier, aus welchem das System des Code Nap. hauptsächlich geschöpft ist, den gleichen Fehler begangen hat. Noch auffallender ist es, daß die Motive zum Code Nap. sich zur Rechtfertigung der Bestimmung des Art. 1148 auf gar kein Rechtsprinzip berufen, wahrscheinlich deshalb, weil sie ausser der Rechtsregel: res perit domino, die sie beständig im Munde führen, sich keines andern Prinzips bewußt waren. Darin hat es jedenfalls Pothier besser gemacht, indem er (Traité des obligations T. I. Nr. 149.) sich zur Rechtfertigung des Satzes, daß der Schuldner bei obligationes faciendi und non faciendi für den casus nicht hafte, auf das Prinzip des römischen Rechts: casus a nemine praestantur beruft, wogegen er freilich bei den obligations dandi kein höheres Prinzip als die, ohnehin unrichtige Rechtsregel: res perit domino anerkennt. Man ersieht daraus, daß es mit den Prinzipien des französischen Civilgesetzbuchs in dieser Lehre nicht zum Besten steht.

So wie im Obligationsnexus, so befolgt auch der Code Napoléon bei Verletzungen ausserhalb des Obligationsnexus das römisch-rechtliche Prinzip der Imputation, und erkennt daher ein Haften für s. g. Zufälle die sich in der Person ereignet haben, weder ausserhalb des Obligationsnexus noch in demselben an.

Zwar ist dies im Code Nap. nicht ausdrücklich ausgesprochen, wie es noch neuerdings z. B. in dem Bernischen Civilgesetzbuche geschehen ist; allein dessen bedurfte es nicht, weil die französische Doctrin und Praxis stets den Grundsatz befolgt hatte, daß Kinder und gemüthskranke Personen von der Verpflichtung

zum Schadensersatze, und von der Strafe freizusprechen seyen. Daher sind auch alle Schriftsteller über den Code Nap. über diesen Satz, als über einen unzweifelhaften Rechtssatz, einverstanden [5]). Der Art. 1382:

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui, par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

oder wie er im Badischen Landrechte Art. 1382 übersetzt ist:

„Jede unrechte That eines Menschen, welche einen Andern beschädigt, verbindet den Thäter zur Entschädigung"

scheint freilich zwischen zurechnungs- und nicht zurechnungsfähigen Verletzungen nicht zu unterscheiden, während andere Stellen, z. B. der Art. 1999, ausdrücklich von einem faute imputable reden; wie denn auch der Art. 1383:

Chacun est resposable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence (Bad. Landr. Art. 1383: der Schaden, den er durch seine That zugefügt, u. s. w.)

nicht nothwendig auf Zurechnungsfähigkeit deutet, indem der Ausdruck „fait" nur facta commissionis, im Gegensatze der facta omissionis, zu bezeichnen scheint. Allein nach der richtigen Ansicht dürften die Worte des Art. 1382: „par la faute" nur auf verschuldete Verletzungen, auf das Unrecht im eigentlichen Sinne zu beziehen seyn, und auch der Ausdruck „fait" im Art. 1383 bezeichnet, im Gegensatze der Nachläßigkeit und Unvorsichtigkeit, offenbar so viel als dolus, oder wie sich die Motive Thl. 5. S. 252. ausdrücken: malice, also mit andern Worten den positiv-bösen und den negativ-bösen Willen, wie der dolus und die culpa so häufig charakterisirt werden. Wenn aber auch der Art. 1382 auf jede äussere Schadenszufügung (auf das blos materielle Unrecht) zu beziehen wäre, so würde doch durch die Bestimmung des Art. 1383, daß man nicht nur für dolus, sondern auch für culpa zu haften

5) Pothier, und die übrigen von Zachariä a. a. O. S. 444. Anm. 2. angeführten neueren Schriftsteller.

habe, implicite ausgesprochen seyn, daß diese Verpflichtung nicht weiter gehe, mithin für nicht imputable Verletzungen, sie mögen ihren Grund in der Person oder in Ursachen auffer der Person haben, keine Verpflichtung zum Schadensersatze Statt finde[6]). Das Prinzip der Zurechnung findet mithin nach dem Code Nap, wie nach römischem Rechte, seine unbedingte Anwendung sowohl in als auffer dem Obligationsnexus, und dahin haben sich auch die Motive zum Art. 1383. Thl. 5. S. 275 ausgesprochen.

Allein nunmehr entsteht die Frage, wie es sich, wenn der Schuldner durch casus von seiner Verbindlichkeit frei wurde, in Ansehung der Gegenleistung verhalte? Darf er diese, wenn er sie bereits erhalten hat, für sich behalten, oder ist er zur Restitution derselben verpflichtet? Und wenn er sie noch nicht erhalten hat, darf er sie einfordern? Hierüber sind die Bestimmungen im Code Nap. sehr dürftig, und die Motivirung einzelner Sätze desselben ist mindestens höchst auffallend, indem sich die Motive zum Art. 1788, um nur ihren Lieblingssatz: res perit domino überall zur Anwendung zu bringen, sogar auf ein fingirtes Eigenthum berufen.

Zachariä[7]) stellt mit Toullier und Duranton folgendes System auf: „wenn bei onerosen Verträgen, welche eine individuell bestimmte Sache zu ihrem Gegenstande haben, der Schuldner durch casus von seiner Verbindlichkeit befreiet wird, so wird dadurch nicht auch der andere Theil, welcher eine Gegenleistung zu entrichten hat, von seiner Verbindlichkeit befreiet (vgl. Art. 1583 f.). Nur dann und nur insofern erlischt auch die Verbindlichkeit zur Gegenleistung, wenn und in wie fern von einer fortdauernden Leistung und Gegenleistung die Rede ist (vgl. Art. 1722. 1741.

---

6) Ueber die Bedeutung von faute und fait sind die französischen Schriftsteller selbst verschiedener Ansicht. Zachariä a. a. O. Die Motive zum Art. 1383. S. 275. brauchen gar beide Ausdrücke als gleichbedeutend. Vgl. auch Art. 1042. und 1245, wo fait und faute combinirt werden.

7) a. a. O. §. 331. a. E.

1867). Ist hingegen eine Handlung Gegenstand der Verbindlichkeit, und wird der debitor durch casus oder vis major verhindert, dieselbe zu leisten, so fällt mit seiner Verbindlichkeit zugleich die Verbindlichkeit zur Gegenleistung weg (vgl. Art. 1795)."

Diese Theorie mag richtig aufgefaßt seyn. Allein sie ist nicht ohne Zweifel und Bedenken. Wir haben hier drei Fälle zu unterscheiden, den ersten, wo bei einer Sachobligation Leistung und Gegenleistung nur einmal, den zweiten, wo sie fortdauernd zu prästiren sind, und den dritten, wo der Gegenstand der Verbindlichkeit eine Handlung ist.

Zu dem ersten Falle gehören der Kauf- und der Tauschcontract. Hier sprechen zwar die Art. 1138 und 1385 den Grundsatz aus, daß der Gläubiger (Käufer, Uebernehmer) das Eigenthum durch die bloße Perfection des Vertrags erwerbe, und (daher auch) die Gefahr zu tragen habe; allein ob der Schuldner (Verkäufer, Ueberträger), welcher durch casus von seiner Verbindlichkeit befreiet wurde, die Gegenleistung behalten, beziehungsweise einfordern dürfe, ist in den angegebenen Artikeln nicht ausgesprochen. Daraus nun, daß der Gläubiger den casus zu tragen hat, folgt noch nicht, daß er ausserdem noch zur Gegenleistung verpflichtet sey. Denn es läßt sich ein Tragen des casus in seiner Person auf eine doppelte Weise denken, entweder mit oder ohne Verpflichtung zur Gegenleistung, daher es sich denn fragt, wie hier in Ermangelung einer gesetzlichen Bestimmung zu entscheiden sey? Soll etwa das Natur- oder Vernunftrecht, worauf sich die Motive zum Code Nap. so häufig berufen, aushelfen, so erwartet man von dieser Seite her vergebens eine bestimmte Entscheidung, weil die Ansichten der Rechtsphilosophen sehr getheilt sind. Soll die Natur des Vertrags entscheiden, so kann man auf der einen Seite so argumentiren: der Schuldner wird darum von seiner Verbindlichkeit befreiet, weil es ihm ohne sein Verschulden unmöglich geworden ist, das Kauf- oder Tauschobject zu tradiren, während der Gläubiger noch im Stande ist seine Gegenverbindlichkeit zu erfüllen, wie z. B. auch Wächter beim römischen Rechte argumentirt hat. Allein auf der anderen Seite kann man auch mit unseren neueren

deutschen Gesetzgebungen sagen: die Gegenleistung ist durch die Leistung bedingt; fällt daher diese weg, so muß auch jene hinwegfallen, kurz der casuelle Untergang der Sache bewirkt, daß der Vertrag als aufgehoben zu betrachten ist. Welche von diesen beiden Argumentationen die richtigere sey, ob die erste, welche das Sollen aus dem bloßen Können ableitet, oder die zweite, welche von der Natur des Bilateralvertrags ausgeht, darüber läßt sich wiederum streiten. Eben so wenig wird unsere Frage durch den Art. 1302 entschieden, ja sie wird durch diesen nur noch zweifelhafter gemacht. Denn der Art. 1302 sagt nicht etwa nur in Beziehung auf den Schuldner, sondern ganz allgemein, daß die Verbindlichkeit erlösche (l'obligation est éteinte), wenn eine certa species durch vis major oder casus fortuitus beim Schuldner zu Grunde gehe. Ja der casuelle Untergang einer schuldigen species (perte de la chose due) steht mitten unter denjenigen Erlöschungsgründen, welche den Vertrag beiderseitig aufheben, wie z. B. Novation, Compensation, Confusion u. s. w. Vgl. auch Art. 1722. Unter diesen Umständen scheint kein anderes Prinzip für die Entscheidung unserer Frage aufgefunden werden zu können, als die beliebte Rechtsregel der französischen Jurisprudenz: res perit domino, die, da sie von den Motiven zum Code Nap. auf eine unbegreifliche Weise sogar auf die obligations de faire angewendet wird, denselben wohl auch hier vorgeschwebt haben mag. Sie erklären wiederholt, daß die Art. 1138. 1302 und 1385 auf der Rechtsregel: res perit domino beruhen; und wenn darin der Grund liegt, weshalb der Schuldner von seiner Verbindlichkeit befreiet wird, so folgt daraus umgekehrt, daß ihm der Gläubiger zur Gegenleistung verpflichtet ist. Denn der Satz: res perit domino paßt auf das Object der Gegenleistung nicht, und daher kann sich der Gläubiger nicht auf denselben berufen, um von seiner Leistung befreiet zu werden. Diese Argumentation, so nüchtern sie auch ist, dürfte ganz im Geiste der Motive zum Code Nap. gelegen seyn, welche es wohl nur deshalb unterließen, jenen Folgesatz (wenn er anders so genannt werden kann) auszudrücklich auszusprechen, weil er sich

nach ihrer Ansicht von selbst verstand. Auffallend bleibt es aber doch immer, daß der Code Nap. von der Verpflichtung zur Gegenleistung schweigt, da Pothier Traité de vente Nr. 307 diese Frage ausführlich behandelt, und das römische Recht gegen die Angriffe von Pufendorf und Barbeyrac in Schutz genommen hat. Allein das Prinzip, worauf sich Pothier stützt, konnte nicht benutzt werden, weil es zu dem Systeme des Code Nap. nicht paßt. Er gründet nämlich die Verpflichtung zur Gegenleistung darauf, daß dem gegebenen und acceptirten Versprechen unter allen Umständen nachgekommen werden müsse. Dieser Grund ist aber eines Theils mit der Bestimmung des Art. 1790 von der locatio conductio operis unverträglich; andern Theils würde denn auch der Schuldner im Falle des casuellen Unterganges der schuldigen species zur Entschädigung verpflichtet seyn, wovon ihn doch der Code Nap. freispricht. Die französischen Schriftsteller sind hier jedenfalls der Ansicht des römischen Rechts beigetreten.

Wir wenden uns jetzt zu denjenigen Verträgen, welche den zweiten hier zu betrachtenden Fall bilden. „Wenn, bemerkt Zachariä a. a. O., bei Sachobligationen es sich um fortdauernde Leistungen und Gegenleistungen handelt, so hebt der casuelle Untergang der Sache die Verpflichtung zur Gegenleistung auf". Dies geht aus Art. 1722 und 1741 hervor, wo es heißt, daß der Bestandvertrag erlösche, wenn das Mieth- oder Pachtobject in der Zwischenzeit durch casus zu Grunde gehe, und daß dabei keinerlei Verpflichtung zur Entschädigung Statt finde. Ist nun aber der Vertrag erloschen, so hören von dieser Zeit angerechnet die beiderseitigen Verbindlichkeiten auf, und es ließe sich auch nicht rechtfertigen, wenn bei derartigen Unglücksfällen der Beständer fortwährend den Pacht- und Miethzins zu entrichten hätte. Darin folgt der Code Nap. abermals dem römischen Rechte.

Was hingegen den dritten Fall, d. h. diejenigen Verträge, deren Gegenstand eine Handlung ist, betrifft, so befolgt der Code Nap. ein dem römischen Rechte entgegengesetztes Prinzip. Im Art. 1788 ist nämlich bei der locatio conductio operis be-

stimmt, daß wenn ein Werk, wozu der Unternehmer zugleich den Stoff liefere, auf welche Art es sey (also auch durch casus fortuitus) zu Grunde gehe, der Verlust den Unternehmer treffe, wenn nicht der Besteller im Verzuge der Uebernahme sey. Dies gründen die Motive Thl. 6. S. 148. darauf, daß der Unternehmer als Eigenthümer des Stoffs auch Eigenthümer des damit aufgeführten Werks bis zu dessen Vollendung werde, mithin nach der Regel: res perit domino den Verlust des Ganzen zu tragen habe. Wenn dagegen (Art. 1789) der Unternehmer nur Arbeit oder Kunstfleiß liefert (der Besteller den Stoff), so haftet er nur für sein Versehen (mithin hat der Besteller als Eigenthümer des Stoffs den casus zu tragen), hat aber, wenn ohne sein Versehen (durch casus) die Sache zu Grunde ging, keine Forderung wegen Arbeitslohns (folglich auch nicht in dem Falle des Art. 1788). Dies gründen die Motive a. a. O. auf folgendes merkwürdige Raisonnement: alors la perte se partage, elle est à la charge du maitre par la chose, et de l'ouvrier par le travail, par ce qu'ils sont demeurés proprietaires à part, l'un du travail, l'autre de la chose, und in der Note wird dann unter Verweisung auf Pothier du louage P. 7. chap. 3. bemerkt, daß das römische Recht darin anderer Meinung sey. Das heißt aber in der That, die Sache zu weit treiben! Um das Prinzip: res perit domino auch auf obligationes faciendi zur Anwendung zu bringen, machen die Motive den Unternehmer zum Eigenthümer der Arbeit (der Form), und lassen ihn in dieser Eigenschaft den casus mit tragen, so daß er seine Forderung auf Arbeitslohn verliert.

Auch darin weicht, um schließlich noch dieses hervorzuheben, der Code Nap. Art. 2000 von dem römischen Rechte ab, daß der Mandans den Mandatar auch wegen der Verluste zu entschädigen hat, die dieser bei Gelegenheit der Ausführung des Mandats (à l'occasion de sa gestion) ohne sein Verschulden erlitten hat. Die Motive zum Art. 2000 erklären dies für etwas was sich von selbst verstehe, und die Sache konnte auch keinen Anstand finden, da Pothier in seinem Traité des contrats

de bienfaisance T. 2. Nr. 74. mit Rücksicht auf African's L. 61. §. 5. D. de furt, und nach Analogie der Grundsätze von der societas diesen Satz (freilich irrig) schon aus dem römischen Rechte deducirt, und, wie die Fälle in Maleville's Commentar zum Art. 2000 der Ausgabe von Blanchard beweisen, die französische Praxis dieses Prinzip stets befolgt hatte. Von der Frage, in wie fern dasselbe auch auf andere unentgeltliche Verträge, namentlich auf das vormundschaftliche Verhältniß anzuwenden sey, war bereits oben (S. 151 f.) die Rede, so wie auch davon, daß die Berücksichtigung der Unentgeltlichkeit der Dienste beim Mandate consequenterweise die gleiche Rücksichtnahme bei dem Commodate erfordert hätte.

Sollte man diesem allen nach wohl behaupten können, daß das französische Recht auf richtigen und einfachen Prinzipien in dieser Lehre gebauet sey, und daß die Abweichung desselben vom römischen Rechte als eine Verbesserung dieser Lehre anzusehen sey? Ich glaube, man kann weder das eine, noch das andere behaupten.

§. 30.

3. Verletzungen durch Thiere und leblose Sachen.

In Betreff der Schadenszufügungen durch Thiere stellen Thomasius [1]) und Heineccius [2]) die an sich gegründete Behauptung auf, daß die römische actio de pauperie in Folge der entgegenstehenden deutsch-rechtlichen Ansicht (§. 19) heut zu Tage nicht zur Anwendung kommen könne, wogegen Stryck [3]) ihre Anwendbarkeit im Allgemeinen, und zwar aus dem Grunde behauptet, weil der Billigkeitsgrundsatz des römischen Rechts, worauf die actio de pauperie beruhe: ut qui commodum ex bestia capiat, etiam incommodum ex reparatione damni sustineat (was aber nach §. 12 ganz falsch ist), auch heut zu

1) ad Inst. 4. 9. p. 268.

2) Elem. jur. Germ. Lib. 2. P. 2. Tit. 21. §. 100.

3) Usus mod. Pand. 9. 1. §. 4 sq.

Tage anerkannt werden müsse. Eben so wenig sey, wie von Manchen irrig behauptet werde, die actio de pauperie durch die im Art. 136 der P. G. O. angedrohte Strafe aufgehoben, weil sie (was allerdings richtig ist) keine Privat-Pönalklage sey. Nur nach sächsischem Rechte falle die Anwendbarkeit der actio de pauperie weg, wobei jedoch die Modification eintrete, daß (unter Verweisung auf Schilter Exerc. 19. T. 6.) der Eigenthümer das Schaden stiftende Thier nicht mehr derelinquiren dürfe, sondern es zum Richter hintragen müsse. Das Gleiche finde Statt, wenn von zweien Thieren verschiedener Eigenthümer das eine durch das andere getödtet werde. Nur das jus Prutenicum Lib. 6. Tit. 10. Art. 4. folge darin dem römischen Rechte, verbis:

„Würde es sich auch zutragen, daß zween Ochsen oder zween Widder, Böcke, oder zween Kühe, deren jegliche ihren besonderen Herrn hätte, einander stießen, und das eine Thier das andere ertödtet oder umgebracht hätte, so soll fürnehmlich in Acht genommen werden, welches unter ihnen den Anfang des Stoßens gemacht; und da dasselbige anfahende Thier umkommen, so hat desselbigen Herr darum nicht zu klagen; hat aber dasselbige Thier, das also den Anfang des Stoßens gemacht, das andere Thier ertödtet und umgebracht, so mag der, des solches (letzteres) Thier eigen gewest, wie sich gebührt, darum klagen".

Hieran schließt sich noch die merkwürdige Bestimmung, daß wenn nicht ausgemacht werden könne, wessen Thier der Urheber des Streits gewesen, die Hälfte des Ersatzes zu leisten sey; also das Prinzip der halbschiedlichen Theilung, wie solches auch sonst (§. 19 und §. 21) im germanischen Rechte vorkommt.

Zum Schlusse wirft noch Stryck a. a. O. die Frage auf: ob ein Thier, welches einen Menschen getödtet habe, wiederum zu tödten sey, wie dies das mosaische Recht (Exod. cap. 21. § 28. Genes. cap. 9. §. 5.) bestimme, unter Verweisung auf J. F. Mayer Diss. de peccatis et poenis brutorum? Er bemerkt, daß dies noch an manchen Orten befolgt werde, und dringt auf Heilighaltung des göttlichen Gebots. Denn wenn gleich das Thier kein

strafwürdiges Verbrechen begehen könne, fuit tamen instrumentum commissae caedis, quod cum e medio tollendum voluerit Deus O. M., quo homines eo magis ad humanitatem provocentur et detestari discant sanguinis humanae effusionem, merito ejus voluntas adhuc hodie nobis implenda, et quidem (mit einem Ausfalle auf das Duell!) eo sanctius, quo pessimis seculi moribus hominem occidisse, inter facta heroica reputatur, dum quandoque numeros ineunt, quis plures duello necaverit.

§. 31.

Werfen wir jetzt einen Blick auf die neuesten Legislationen, so finden wir, daß dieselben mehrentheils zu der Grundanschst des mittelalterlichen deutschen Rechts zurückgekehrt sind, d. h. sie anerkennen weder eine noxae datio mit dem römischen Rechte, noch verpflichten sie den Eigenthümer des Thiers zum Schadensersatze, wie nach einigen altgermanischen Volksrechten, sondern sie sprechen ihn, wenn das Thier ohne sein Verschulden schadete, sowohl von dem einen, wie von dem andern frei, ohne ihn jedoch, wie sich nach unsern heutigen Ansichten von selbst versteht, zur Dereliction des caput nocens zu nöthigen. Nur der Code Nap. macht hierin eine Ausnahme, indem er den Eigenthümer zum vollen Ersatze verpflichtet, was jedoch im badischen Landrechte auf eine eigenthümliche Weise modificirt ist.

1. Das Preußische Landrecht stellt für zahme Thiere im Tit. 6. §. 73—74 des ersten Theils den Grundsatz auf, daß der Eigenthümer derselben nur für den Schaden hafte, welcher aus der versäumten Aufsicht über dieselben entspringe; wogegen derjenige, welcher wisse, daß ein Thier wider die Natur seiner Art (contra naturam sui generis) schädlich sey, und dennoch die gehörigen Maßregeln zur Verhütung nachtheiliger Folgen verabsäume, dem Beschädigten zur vollen Genugthuung (§. 7 f.) verpflichtet sey. Es treten mithin rücksichtlich der Ver-

letzungen durch Thiere die gewöhnlichen Grundsätze von der culpa ein.

II. Der Code Napoléon Art. 1385 befolgt das entgegengesetzte Prinzip, indem er hier, wie in einigen andern Fällen, ein Quasi-Delict annimmt. Nach Art. 1384 haften nämlich dritte Personen für den Schaden, den gewisse unter ihre Aufsicht gestellte Personen verübt haben, „sie könnten denn beweisen, daß sie die Handlung, für welche sie verantwortlich gemacht werden sollen, nicht hätten hindern können". Dann heißt es weiter im Art. 1385:

Le proprietaire d'un animal, ou celui qui s'en sert, pendant qu'il est à son usage, est responsable du dommage que l'animal a causé, soit que l'animal fut sous sa garde, soit qu il fût égaré ou échappé;

und zwar ohne daß dem Beklagten der Beweis nachgelassen wird, daß er die Beschädigung nicht habe hindern können. Diese Einrede gestattet der Art. 1384 nur denen, welche für die Handlungen anderer Personen zu haften haben [4]), was aus mehrfachen Gründen auffallend ist.

Der Art. 1384 beruht nämlich auf der gesetzlichen Präsumtion, daß die Verletzung nicht ohne die Schuld der betreffenden dritten Person geschehen seyn könne, und die Motive zum Art. 1385. Thl. 5. S. 263 gründen auch die Verpflichtung für den durch Thiere angestifteten Schaden zu haften auf diese Präsumtion, ja sie knüpfen S. 275 den Art. 1385 sogar an den allgemeinen Satz an, daß man nur für den durch dolus und culpa angestifteten Schaden zu haften habe, und was sich hierauf nicht zurückführen lasse, dem Zufall zuzuschreiben sey, den der Verletzte zu tragen habe! Ferner spricht der Art. 1384 nicht blos von dem Haften für die Handlungen dritter Personen, sondern auch, wenn gleich nur gelegentlich, von dem Haften für vernunftlose Gegenstände (Sachen), scheint diesemnach, da er nur dem Vater, der Mutter, dem Lehrherrn und dem Meister den Beweis der

4) Zachariä, a. a. O. Thl. 2. §. 448. Anm. 5. Sircy, XIV. I. 24.

Nicht-Verschuldung nachläßt, an den letzteren Fall nicht weiter gedacht oder denselben vergessen zu haben. Im Art. 1384 heißt es nämlich:

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

Dieses Haften für Sachen kann offenbar nur auf die Fälle der Art. 1385 (von Thieren) und 1386 (von Beschädigungen durch Bauten) bezogen werden, und dabei berufen sich die Motive S. 263 auf das allgemeine Prinzip: rien de ce qui appartient a quelqu'un ne peut nuire impunément a un autre. Allein wie läßt sich damit vereinigen, daß der Art. 1386 den Eigenthümer des eingestürzten Baues nicht verantwortlich macht, wenn das Gebäude durch casus zu Grunde ging? Man kann daher mit Recht sagen, daß der Art. 1385, welcher den Eigenthümer des Thiers unbedingt für den durch dasselbe angestifteten Schaden haften läßt*), und selbst nicht einmal den Gegenbeweis der Nichtverschuldung zuläßt, weder mit dem vorhergehenden Art. 1384, noch mit dem nachfolgenden Art. 1386, noch endlich mit dem im Code Nap. nach dem Vorgange des römischen Rechts vorherrschenden Prinzipe der Imputation im Einklange steht, mithin alle diese Bestimmungen unter einander im Widerspruch stehen. Aus diesem Grunde hat:

III. das Badische Landrecht Art. 1385 und 1385 a einige Modificationen des Code Nap. für nöthig gehalten. Vorerst heißt es im Art. 1385: „In gleicher Weise ist der Eigenthümer eines Thiers" ꝛc., wodurch auf die Schlußworte des Art. 1384, d. h. auf den daselbst vorbehaltenen Beweis der Nicht-Verschuldung, Bezug genommen wird. Sodann ist im Art. 1385 a noch hinzugefügt:

---

*) Durch noxae datio kann man dieser Verbindlichkeit sich nicht entziehen.

„Wer jedoch das Thier hingiebt oder den höchsten Werth desselben bezahlt, kann zum Ersatz einer höheren Schadensrechnung nicht angehalten werden".

Damit kehrt das Bad. Landrecht wieder zur noxae deditio des römischen Rechts zurück, jedoch mit dem Zusatze, daß der Beklagte auch durch Erstattung des höchsten Werths des Thiers sich von der noxae datio befreien könne. Dieser letztere Zusatz gehört weder dem römischen, noch dem altgermanischen, noch endlich dem mittelalterlichen deutschen Rechte an, indem sich eine derartige Bestimmung in den deutschen Rechtsquellen nur bei Sklaven, nicht aber auch bei Thieren vorfindet (§. 20). Allein dieser Zusatz konnte darum nicht fehlen, weil der Art. 1385 von zwei Fällen spricht, dem ersten, daß das Thier im Besitze des Eigenthümers, dem zweiten, daß es im Besitze eines Dritten den Schaden anstiftete. Da nun auch dieser für den Schaden zu haften hat, von einer noxae datio aber in Beziehung auf ihn als Nicht-Eigenthümer nicht die Rede seyn kann, so bedurfte es insofern der Zusatzworte: „oder durch Erstattung des höchsten Werths desselben", wiewohl es statt des zweideutigen „oder" besser: „beziehungsweise" geheißen hätte. Der Eigenthümer hat also nicht die Wahl zwischen Schadensersatz, oder noxae datio, oder Erstattung des höchsten Werths des Thiers, sondern nur zwischen der ersten und zweiten Verbindlichkeit; und gleicherweise hat der dritte Besitzer die Wahl entweder Ersatz zu leisten, oder den höchsten Werth des Thiers zu entrichten.

Das badische Landrecht enthält zum Art. 1386 noch einen andern wichtigen Zusatz. Nach dem Art. 1386 des Code Nap. ist nämlich der Eigenthümer eines Hauses (z. B. den Miethsleuten, den Nachbarn, den Vorübergehenden) verantwortlich für den Schaden, der durch den Einsturz des Hauses verursacht worden ist, wenn dieser wegen eines Fehlers in der Bauart, oder weil das Gebäude nicht gehörig unterhalten worden ist, Statt gehabt hat; vorbehältlich des Regresses des Eigenthümers gegen den Baumeister oder die Bauleute (Art. 1792 und 1386). Die cautio de damno infecto kennt hingegen der Code Nap.

nicht. Ist ein Haus baufällig, so kann der Eigenthümer von der Polizeibehörde angehalten werden, das Haus entweder zu stützen, oder auszubessern, oder dasselbe niederzureißen [5]); aber der Nachbar hat kein Recht solches von dem Hauseigenthümer zu verlangen, sondern er muß deshalb die Polizeibehörde angehen. Die Motive zum Art. 1386. Thl. 5. S. 263 geben dies für eine Verbesserung des römischen Rechts aus, weil in den Grundsätzen der **cautio de damno infecto** eine große Härte liege. Denn weigere sich der Eigenthümer die Caution zu leisten, so werde der Nachbar nach römischem Rechte in den Besitz seines Hauses gesetzt. Die bloße Furcht vor einem Uebel könne aber niemals die Entsetzung aus dem Besitze rechtfertigen. Deshalb halte sich der Art. 1386 an das wirklich gestiftete Uebel, und darauf allein sey auch der Begriff des Schadensersatzes anwendbar. Allein das Badische Landrecht fand es vernünftiger dem Schaden zuvorzukommen als ihn abzuwarten, und fügte daher den Art. 1386 a des Inhalts hinzu:

„Bei besorglicher Gefahr eines Schadens kann der Nachbar auf Wegschaffung des Baufälligen oder Sicherheitsleistung für dessen Unschädlichkeit dringen".

Schwerlich dürfte indeß durch diese Bestimmung die **cautio de damno infecto** im Sinne und mit den Wirkungen des römischen Rechts (nämlich der **missio in possessionem ex primo** und **ex secundo decreto**) wiederhergestellt seyn. Denn es ist hier ja nur von einer Sicherheitsleistung die Rede, ohne daß das Gesetz daran eine Entsetzung aus dem Besitze oder gar aus dem Eigenthum geknüpft hat, und diese Folgen der Verweigerung der Caution verstehen sich doch ohne ausdrückliche gesetzliche Bestimmung niemals von selbst. Eben deshalb weil die Caution des Art. 1386 a derjenigen Zwangsmittel entbehrt, ohne welche sie leicht vereitelt werden kann, ist sie im Grunde von nur geringer Bedeutung, und überhaupt ganz unpassend aus dem römischen Rechte in das badische Landrecht aufgenommen worden. Das römische

5) Zachariä a. a. O. §. 448. Anm. 8.

Recht kennt nämlich, wie im §. 11 nachgewiesen wurde, nach den von der lex Aquilia geltenden Grundsätzen keine directe Klage auf Ersatz wegen Schadenszufügungen durch den Einsturz eines benachbarten Hauses, sondern der Nachbar, auf dessen Grund und Boden das Haus fiel, hat nur ein jus retentionis an den hinübergefallenen Stücken, kann mithin seinen Anspruch auf Entschädigung nur durch die exceptio doli geltend machen, aber auch vor dem Einsturze auf Caution dringen, wodurch er für den Fall des Einsturzes eine Klage auf Entschädigung erwirbt, die jedoch keine Klage aus einem Quasi-Delicte (wie nach dem Code Nap.), sondern eine gewöhnliche Contractsklage (actio ex stipulatu) ist. Dieser Umwege hätte es nicht bedurft, wenn das römische Recht den Grundsatz des Art. 1386 des Code Nap. und des badischen Landrechts, welche gradezu eine Ersatzklage quasi ex delicto festsetzen, gekannt hätte; eine Klage, die übrigens auch noch darin weiter geht als das römische Recht, daß sie nicht blos zum Vortheil des Nachbarn, sondern zu Jederman's Vortheil, welcher durch den Einsturz verletzt wurde, gereicht. Wie reimt sich daher mit dieser directen selbstständigen Klage auf Ersatz die als ein bloßer Nothbehelf im römischen Rechte hervortretende cautio de damno infecto, zumal wenn man sie von allen Zwangsmitteln, wodurch sie erst Sinn und Bedeutung erhält, entblößt? Richtiger scheint daher die Ansicht des Code Nap. zu seyn, daß man sich bei einem bevorstehenden Einsturze an die Polizeibehörde zu wenden habe, die ja ohnehin schon ex officio ihr Augenmerk auf solche Dinge zu richten hat.

IV. Das Oesterreichische Civilgesetzbuch enthält im Art. 1320, abweichend vom Code Napoléon und vom römischen Rechte, aber in Uebereinstimmung mit dem preußischen Landrechte, die Bestimmung:

„Wird Jemand durch ein Thier beschädigt, so ist derjenige dafür verantwortlich, der es dazu angetrieben, gereizt, oder zu verwahren vernachläßigt hat. Kann Niemand eines Verschuldens dieser Art überführt werden, so wird die Beschädigung für einen Zufall gehalten".

d. h. (nach Zeiller Thl. 3. S. 751) der Schade trifft alsdann nach Art. 1311 denjenigen, an dessen Person oder Eigenthum er sich zugetragen hat. Durch Creirung eines Quasi-Delicts hätte freilich dieser Consequenz ausgewichen werden können, allein das österr. Gesetzbuch, wenn es gleich sonst bedeutend von dem Prinzipe der Imputation abweicht (§. 25 und 27), hat diesmal fest daran gehalten. Auch verweist es imputable Verletzungen durch den Einsturz von Gebäuden oder sonstigen Werken, als culpose Delicte, die neben der Strafe zugleich eine Entschädigungspflicht begründen, in das Strafgesetzbuch, was offenbar eine gesundere Idee ist, als das neugeschaffene, dem römischen Rechte fremde Quasi-Delict des Code Nap. und des bad. Landrechts (Zeiller Thl. 3. S. 749. Nr. 2). Endlich spricht es im Art. 343 zwar auch von der Befugniß den Eigenthümer des Einsturz drohenden Werks gerichtlich auf Sicherstellung zu belangen, allein mit der Clausel: „wenn anders die politische (polizeiliche) Behörde nicht bereits hinlänglich für die öffentliche Sicherheit gesorgt hat". Mithin hängt es in Ansehung der cautio de damno infecto davon ab, ob in Oesterreich die Polizei oder der Nachbar ein wachsameres Auge hat.

V. Das Bernische Civilgesetzbuch Satz. 972. 973 hat hier nichts Eigenthümliches. Was die Schadenszufügung durch Thiere betrifft, so folgt es wörtlich dem §. 1320 des österreichischen Gesetzbuches, hat dagegen für Verletzungen durch den Einsturz von Gebäuden die Bestimmung des Art. 1386 des Code Nap. aufgenommen, woran sich als zweites Quasi-Delict das, aus einem Versehen des Staatsraths im Code Nap. fehlende *), effusum et ejectum anschließt.

*) Zachariä, Thl. 2. S. 446. Anm. 3.

Viertes Kapitel.

Von den verschiedenen Ansichten der Rechtsphilosophie über die Imputation als Bedingung der Zwangsrechte.

§. 32.

Die seitherige Entwickelung der Systeme des römischen und des deutschen Rechts, so wie der neueren Legislationen, dient zum unzweideutigen Beweise, daß für unverschuldete Verletzungen in und ausser dem Obligationsnexus verschiedene Grundsätze nicht blos möglich, sondern wirklich aufgestellt worden sind. Allein wenn man fragt, welchem von diesen verschiedenen Systemen nach allgemein rechtlichen Prinzipien der Vorrang gebühre, so nimmt man leider! auch auf dem Gebiete der philosophischen Rechtslehre denselben Widerstreit der Ansichten wie auf dem Gebiete des positiven Rechts wahr, und unter diesen Umständen dürfte die Verweisung des Gesetzgebers an die Philosophie des Rechts, um aus ihr ein haltbares System zu schöpfen, nicht nur ziemlich nutzlos seyn, sondern es kann die Darstellung dieser verschiedenen naturrechtlichen Ansichten sogar zur Beruhigung Aller derer dienen, welche sich unter der Herrschaft der einen oder andern Gesetzgebung, oder gar eines gemischten Systems ihrer Gesetzgebung befinden. Denn die Rechtsphilosophie hat so gut das eine, wie das andere zu erweisen gesucht. Aus diesen und andern Gründen sind neuerdings die naturrechtlichen Erörterungen bei Vielen in eine Art literarischen Verruf gekommen. Allein selbst die Gegner des Naturrechts werden zugeben müssen, daß wir für unsere Lehre der naturrechtlichen Ansichten als historischer Quelle nicht wohl entbehren können, weil sie nicht nur ein helles Licht auf das Bestreben der älteren Doctrin, die Bestimmungen des römischen Rechts durch Schleichwege zu umgehen, werfen, sondern auch weil einige

Prinzipe des Naturrechts gradezu in den neueren Legislationen sanktionirt worden sind. Da nun seither Niemand sich die Mühe gegeben hat, die verschiedenen rechtsphilosophischen Ansichten über das Haften für unverschuldete Verletzungen zusammenzustellen, so soll dies jetzt unsere Aufgabe seyn, wobei sich der Verf. zwar der möglichsten Kürze, jedoch unbeschadet der Deutlichkeit, befleißigen wird.

Zu diesem Behufe ist es nöthig, eine kurze Darstellung der drei Hauptsysteme des Naturrechts zu geben, woraus die Anhänger derselben zu entgegengesetzten Resultaten gelangt sind [1]). Diese drei Hauptsysteme sind: 1) die s. g. absolute Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze; 2) die relative Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze, welche beide gemeinschaftlich den Rechtsbegriff aus dem Pflichtbegriffe, oder das Dürfen aus dem moralischen Sollen ableiten; und 3) die Kantisch-Fichte'sche Rechtsdeduction, welche das Recht, unabhängig von der moralischen Pflicht, auf die äussere Freiheit des Menschen gründet, und die Verbindlichkeiten (juridischen Pflichten) vielmehr als eine Folge des Rechts darstellt

1) Nach der absoluten Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze ist der Grund oder die Quelle des Rechts in der selbsteigenen moralischen Pflicht des Menschen gelegen, oder mit andern Worten, diese Theorie leitet das Recht aus dem Sittengesetze in dem Bewußtseyn des Berechtigten ab, indem sie so argumentirt: der Mensch als vernünftiges Wesen ist dem Sittengesetze unterworfen, welches, als das Product der practischen Vernunft, allgemeingültig und nothwendig ist. Dieses Sittengesetz ist die Quelle der Pflichten (des Sollens). Denn es gebietet und verbietet gewisse Handlungen mit Nothwendigkeit. Aber es ist zugleich auch die Quelle des Dürfens. Denn es würde widersprechend seyn, die durch das Sittengesetz gebotenen und verbotenen Handlungen nicht thun, beziehungsweise unterlassen zu dürfen, mit andern Worten, das Dürfen ist eine logisch nothwendige Folge des Sollens. Von dem was der Mensch thun darf, sagen wir: es

1) Vgl. Falk, juriſt. Encyklopädie. §. 50.

ist recht, folglich hat der Mensch zu Allem ein Recht was er nach dem Sittengesetze darf, und das Recht ist die moralische Möglichkeit zu handeln (facultas moralis agendi), d. h. dasjenige zu thun, was moralisch nothwendig ist. So z. B. hat der Mensch die moralische Pflicht sein Leben zu erhalten, folglich auch das Recht dazu, und mit diesem Rechte ist ihm auch das Recht der Selbstvertheidigung gegeben, weil es die Bedingung der Erhaltung des Lebens ist. Kurz, so viele einzelne moralische Pflichten der Mensch hat, eben so viele einzelne Rechte kommen ihm auch zu.

2) Nach der relativen Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze ist hingegen der Grund oder die Quelle des Rechts in der fremden moralischen Pflicht gelegen, mit andern Worten diese Theorie leitet das Recht aus dem Sittengesetze in dem Bewußtseyn anderer, dem Berechtigten gegenüberstehenden Subjecte ab, indem sie so argumentirt: unter andern moralischen Pflichten, welche der Mensch zu erfüllen hat, liegt ihm auch die Pflicht der Gerechtigkeit gegen Andere ob, d. h. er darf kein vernünftiges Wesen ausser (ausserhalb) sich als bloßes Mittel zu seinen beliebigen Zwecken behandeln. Mit dieser Pflicht des Menschen ist zugleich, und zwar nothwendig die weitere Pflicht verbunden, sich dem Zwange des Andern zu unterwerfen (sich von ihm zwingen zu lassen), so oft er durch Uebertretung der Gerechtigkeitspflicht einen Andern verletzt hat. Denn dürfte er (der Beleidiger) diesem Zwange widerstehen, so hieße dies: er dürfte ein vernünftiges Wesen ausser sich als willkürliches Mittel seiner Zwecke behandeln. Aus dieser moralischen Pflicht Anderer gegen uns folgt unser Recht (das Recht in unserer Person). Denn da Andern (allen Menschen) die Pflicht obliegt, uns nicht zu verletzen und sich im Uebertretungsfalle unserem Zwange zu unterwerfen: so folgt daraus, daß uns alle Handlungen möglich sind, an deren Ausübung uns die übrigen Menschen nach der ihnen obliegenden Gerechtigkeitspflicht nicht hindern dürfen. Diese Möglichkeit zu Handlungen, welche aus der moralischen Pflicht der Gerechtigkeit Anderer gegen uns hervorgeht, ist das Recht. Denn unter dem Recht denkt sich Jeder-

man die Befugniß zu Handlungen, woran wir durch Andere nicht gehindert werden dürfen. Folglich stehen dem Menschen so viele einzelne Rechte zu, als Andern moralische Pflichten gegen ihn obliegen, und er in Folge derselben an der Vornahme gewisser Handlungen nicht gehindert werden darf. So z. B. hat Jederman die moralische Pflicht, unser Leben und unser Eigenthum nicht zu verletzen. Hieraus folgt in unserer Person das Recht zur Vertheidigung unseres Lebens und Eigenthums, so wie das Recht für die zugefügte Beschädigung Ersatz zu verlangen u. s. w.

3) Nach der Kantisch-Fichte'schen Rechtsdeduction hingegen stammt das Recht weder aus der selbsteigenen, noch aus der fremden moralischen Pflicht, sondern der Rechtsbegriff hat seine Wurzel in der äusseren Freiheit, wie das Sittengesetz in der inneren Freiheit des Menschen. Vermöge dessen ist das Recht vielmehr der Grund oder die Quelle der Verbindlichkeiten (juridischen Pflichten) des Menschen, d. h. Andere sind darum und in so fern verpflichtet, weil und in wie fern der Berechtigte vermöge seiner äusseren Freiheit zu gewissen Handlungen oder Unterlassungen befugt ist. Diese Theorie argumentirt so: Die Erfüllung des Sittengesetzes ist der höchste Zweck des Menschen als vernünftigen Wesens, und die Bedingung desselben eine äussere freie Wirksamkeit (äussere Freiheit) des Menschen, d. h. er muß rücksichtlich seiner Handlungen unabhängig von allen äusseren Ursachen und Bestimmungsgründen seyn. Denn sonst wäre es nicht möglich, daß er nach dem Sittengesetze handelte. Diese äussere Freiheit des Menschen kann sich: 1) nicht blos auf sittlich erlaubte, sondern sie muß sich auch auf sittlich unerlaubte Handlungen beziehen, d. h. um des Sittengesetzes selbst willen wird erfordert, daß es dem Menschen möglich sey, gegen das Sittengesetz zu handeln. Das Gegentheil würde heißen, daß er zur Unterlassung aller Unsittlichkeiten durch Zwang angehalten werden könnte. Mit eben dem Rechte dürfte er dann aber auch zur Begehung sittlicher Handlungen gezwungen werden. Allein eine solche Realisirung des Sittengesetzes durch Zwang würde der Idee des Sittengesetzes selbst widerstreiten. 2) Die äussere Freiheit, welche dem Menschen durch Ver-

nunft zukommt, kann ihm nicht nur in der Natur überhaupt, sondern sie muß ihm um der möglichen Erfüllung des Sittengesetzes willen auch gegen andere vernünftige Wesen zukommen, sofern diese durch ihre Sinnlichkeit bestimmt werden können, zur Beförderung ihrer eigennützigen Zwecke in seine äussere Freiheit einzugreifen. Endlich: 3) muß die äussere Freiheit, als durch Vernunft gesetzt, wechselseitig allen vernünftigen Wesen gegen einander zukommen, weil die vernünftige Natur in allen vernünftigen Wesen dieselbe ist. Diesemnach kann sich der Mensch eine äussere Freiheit nur in so fern zuschreiben, als dieselbe mit dem Freiheitsgebrauche anderer vernünftiger Wesen zusammenstimmt. Handelt der Mensch nach diesem Grundsatze der Uebereinstimmung seiner Handlungen mit dem Freiheitsgebrauche anderer vernünftiger Wesen, so handelt er nach dem höchsten Grundsatze des Rechts. Denn unter dem Rechte denkt sich Jederman etwas, was er frei und ungehindert von Andern thun darf. Daher kann man die äussere Freiheit des Menschen auch seine rechtliche Freiheit nennen. Diese rechtliche Freiheit, als beschränkt gedacht durch die rechtliche Freiheit anderer vernünftiger Wesen, ist das Ur- oder höchste Recht des Menschen, mithin die Quelle, woraus alle einzelnen Rechte desselben herfließen. Wo nun aber ein Recht ist, da besteht nothwendig auch eine, demselben gegenüberstehende Verbindlichkeit, nämlich die Verbindlichkeit Anderer, das was dem Berechtigten möglich ist, nicht durch ihre Willkür zu hindern. Denn sonst würde die Vernunft das, was sie auf der einen Seite gesetzt hat, auf der anderen wieder aufheben, mithin sich widersprechen, und eine unvernünftige Vernunft seyn. Andere erscheinen mithin darum und in so fern verpflichtet, weil und in wie fern wir zu gewissen Handlungen oder Unterlassungen berechtigt sind, während nach der relativen Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze umgekehrt unser Recht aus der moralischen Pflicht Anderer abgeleitet wird.

Nunmehr wollen wir die Folgesätze betrachten, welche sich aus diesen verschiedenen Rechtsdeductionen für unsere Frage ergeben.

§. 33.

1) Von Verletzungen durch unzurechnungsfähige Subjecte.

Hier stehen sich, je nach Verschiedenheit des naturrechtlichen Systems (§. 32) zwei Hauptansichten gegenüber, von denen die eine das Prinzip des römischen, die andere hingegen das Prinzip des germanischen Rechts a priori zu deduciren sucht. Doch findet sich auch unter den Vertheidigern desselben Systems eine Verschiedenheit der Ansicht, und überhaupt haben sich viele Schriftsteller, theils Philosophen, theils Juristen, mit dieser Frage aus allgemein rechtlichen Gründen befaßt.

Unter den dänischen Schriftstellern gründet Oersted im nyt juridisk Arkiv 20. Bd. Kopenh. 1818. S. 126 f. die Entschädigungspflicht auf die Freiheit oder Willkür des Handelnden, während Nörregaard und Hurtigkarl (§. 25 cit.), ferner Kall in seiner systematisk Fremstilling af den almindelige Retsvidenskab (Syst. Darst. der allgemeinen Rechtslehre) Kopenh. 1825. die Zurechnungsfähigkeit nicht für die Bedingung des Entschädigungs-Zwanges halten. Eine gleiche Verschiedenheit der Ansicht findet sich unter den deutschen Schriftstellern. Gegen die Verpflichtung zur Entschädigung aus unwillkürlichen Handlungen haben sich namentlich Pufendorf (de jure nat. et gent. 3. 1. §. 6, de offic. hom. et civis 1. 6. §. 9.), Gundling (jus nat. cap. 10. §. 30.), Voet (ad Tit. D. 9. 1. §. 29.), Berger (Elem. jurispr. crim. p. 145.), Leyser (med. ad Pand. Spec. 532. Nr. 1—3), Westphal (Crim.-Recht §. 16—20), Hoffbauer (Naturrecht §. 95., Unters. über die wichtigsten Gegenst. des Naturrechs S. 135 f., Naturrecht und Moral ꝛc. S. 54), Hufeland (Lehrb. des Naturrechts S. 496), Jakob (philosoph. Rechtslehre §. 445), Weber (natürl. Verbindlichkeit S. 272), Thibaut (Versuche Thl. 2. S. 187), Gros (Lehrb. der phil. Rechtsw. §. 103), Glück (Commentar über die Pand. Thl. 1. S. 67), Rotteck (Vernunftrecht Thl. 1. S. 248), und andere Schriftsteller erklärt. Für dieselbe haben sich hingegen Thomasius (not. emend. ad Lib 2. Inst., in dessen Diss. Vol. 1. cap. 5. p. 156,

Larva legi Aquiliae detracta, ebendaſ. Vol. 2. p. 851., Ephr. Gerhard (de imputatione damni per ignorantiam inviti, Jena 1715. cap. 2.), Schierſchmid (de imputat. culpae civili, Halle 1734. §. 146—49), Menken (ad Dig. Lib. 47. Tit. 1. §. 14), Treurer (zu Pufend. de officio hom. et civ. a. a. O.), Köler (Exerc. jur. nat. §. 996. Schol.), Darjes (Inst. jurisprud. priv. Romano Germani §. 87.), Wehrn (doctr. de damno p. 8.), Schaumburg, Hommel, Tevenar und Schmidt in den §. 24 angeführten Schriften, ferner Pörſchke (Vorber. zu einem populären Naturrechte S. 78), Feder (vom menſchl. Willen Thl. 3. §. 72), und zuletzt noch Zeiller (das natürl. Privatrecht §. 179) und Tönſen (das allg. poſitive Privatrecht S. 225 f. S. 239) ausgeſprochen.

Leitet man nun:

I. das Recht nicht aus der eignen Vernunft des Berechtigten, ſondern aus der moraliſchen Pflicht des dem Berechtigten gegenüberſtehenden Subjects ab (relative Rechtsdeduction aus dem Sittengeſetze), wie dieſes z. B. Löbel, Hoffbauer, Heidenreich, Weber, Thibaut[1]), und andere Schriftſteller thun: ſo muß man freilich der Conſequenz gemäß zugeben, daß willenloſe Subjecte nicht zur Entſchädigung des Verletzten verpflichtet ſeyen. Denn es läßt ſich in dem Bewußtſeyn willenloſer Subjecte keine moraliſche Pflicht uns nicht zu verletzen nachweiſen, folglich kann uns auch, ihnen gegenüber, kein Zwangsrecht auf Entſchädigung zukommen. Allein die relative Rechtsdeduction aus dem Sittengeſetze iſt bereits von Feuerbach[2]), Weiſe[3]), Henrici[4]), Welker[5]), und Andern ſo vollſtändig widerlegt worden, daß es überflüſſig ſeyn würde, ſie hier

1) Syſtem der Pand. §. 2 und 3. edit. 1—7.
2) Kritik des natürl. Rechts. S. 139 f.
3) Grundwiſſenſchaft des Rechts. S. 162 f.
4) Ideen zur wiſſenſchaftl. Begründung einer Rechtslehre. Thl. 2. S. 186 f.
5) Vom Staat, Recht und Strafe. S. 40.

einer nochmaligen Prüfung zu unterwerfen, und damit fällt auch jener aus ihr abgeleiteter Folgesatz als unerwiesen hinweg. Nur folgende Bemerkungen mögen im Einzelnen gestattet seyn. Erstens: die relative Theorie, welche das Recht, folglich auch die Zwangsrechte des Menschen, aus der moralischen Pflicht anderer vernünftiger Wesen ableitet, beweist mehr als sie beweisen soll, folglich gar nichts. Denn danach könnte es auch kein Recht der Selbstvertheidigung gegen den Angriff von Thieren und willenloser Subjecte geben. Zweitens: erwägt man, daß in den meisten Fällen der blos relativen Nicht-Zurechnungsfähigkeit, wie schon Gärtner und Heineccius (§. 14 cit.) bemerkt haben, die Verletzung durch Anwendung des höchst-möglichen Fleißes hätte abgewendet werden können, und giebt man, wie nicht wohl geläugnet werden kann, zu, daß der Mensch zu einem solchen Fleiße moralisch verpflichtet ist: so würde, da aus der moralischen Pflicht Anderer das Recht in unserer Person stammt, der Thäter wohl in der Regel zur Entschädigung angehalten werden dürfen.

Die Vertheidiger der relativen Rechtsdeduction wollen freilich weder den einen, noch den andern Folgesatz zugeben. Allein darin sind sie offenbar inconsequent. Sie unterscheiden nämlich in Betreff des ersten Satzes zwischen dem Selbstvertheidigungs- und dem Entschädigungsrechte, und wollen ersteres auch gegen willenlose Subjecte gestatten, darum weil es sich hier von der Erhaltung eines unersetzlichen Guts handle. Allein wenn das Zwangsrecht aus der Uebertretung einer moralischen Pflicht Anderer stammt, so kann da, wo keine moralische Uebertretung Anderer vorliegt, die bloße Unersetzlichkeit des gefährteten Guts niemals ein Zwangsrecht, es werde genannt wie es wolle, begründen, und daher kann das Recht der Nothwehr gegen willenlose Subjecte (wie sich sogleich ergeben wird) auf keine andere Weise aus dem Pflichtbegriffe abgeleitet werden, als daß man mit der absoluten Rechtsdeduction die eigne moralische Pflicht des Menschen für den Grund des Rechts in ihm erklärt. Diese Consequenz hat neuerdings auch Romagnosi in seiner Genesi del

diritto penale §. 33 und 34 — vielleicht der einzige unter allen Anhängern der relativen Rechtsdeduction — eingeräumt, indem er das Recht, den Angriff auf das Leben selbst durch Tödtung des Angreifers zurückzutreiben, darauf beschränkt, daß der Angriff ein ungerechter, mithin der Urheber desselben zurechnungsfähig war. Er setzt nämlich den Grund des Rechts der Nothwehr in die ingiustiza di un atto nocivo della persona medesima, che lo commette, e le conseguenze che necessariamente ne derivano (§. 34); aber eine cosa ad esso lui non imputabile lascia intatta la giustiza e il carattere morale dell' uomo. Allein diese Theorie, nach welcher es auch kein Vertheidigungsrecht gegen Thiere und reine Naturkräfte gäbe, dürfte schon dem gesunden Menschenverstande nicht Genüge leisten.

Leitet man:

II. das Recht aus der eignen moralischen Pflicht des Berechtigten ab (absolute Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze), eine Theorie, zu welcher sich z. B. Wolff, Darjes, Nettelbladt, Hufeland, Schmalz, Jakob und andere Schriftsteller bekennen: so kann es auch hiernach keine Pflicht zur Entschädigung aus Handlungen willenloser Subjecte geben. Denn so gewiß auch der Mensch im Allgemeinen die moralische Pflicht hat sein Eigenthum zu erhalten, so legt doch das Sittengesetz dem Menschen nicht die Pflicht auf, dasselbe auf Kosten eines Unglücklichen geltend zu machen, welcher ohne alle Verschuldung durch reine Naturkräfte zur Verletzung fremden Eigenthums bestimmt wurde [6]). Umgekehrt verhält es sich dagegen in Ansehung der Selbstvertheidigung gegen Angriffe auf Leben, Gesundheit und persönliche Freiheit. Denn hier handelt es sich von einem unersetzlichen Gute, zu dessen Erhaltung der Mensch verpflichtet ist, gleichviel ob der Angriff auf dasselbe durch freie oder unfreie Wesen, durch Thiere oder sonstige Naturkräfte geschah [7]). Nach dieser Theorie wird

6) Jakob, phil. Rechtslehre. §. 445.

7) Jakob a. a. O. §. 436. Lucas vom Strafensysteme ꝛc. S. 115—25 der Uebers. von Sambaber.

mithin die Möglichkeit oder Nicht-Möglichkeit eines Zwangsrechts durch die Qualität des verletzten oder angegriffenen Guts (die Ersetzbarkeit oder Unersetzbarkeit desselben) bestimmt; eine Unterscheidung, die jedoch weder auf die Eigenthumsklage und den reipersecutorischen Zwang (die Rückerstattung) aus Delicten paßt, noch bei unverschuldeten Verletzungen durch an sich zurechnungsfähige Subjecte eine bestimmte Entscheidung zuläßt. Denn wie weit erstrecken sich in dieser Beziehung die Pflichten der Barmherzigkeit gegen Andere? Und sind diese wohl überhaupt dazu geeignet, die Gränzlinie der Zwangsrechte des Menschen zu bestimmen? Aber auch abgesehen hievon, ist durch Feuerbach [8], Weise [9], Henrici [10] und Andere die Unhaltbarkeit der absoluten Rechtsdeduction aus dem Sittengesetze längst nachgewiesen worden.

Leitet man endlich:

III. das Recht weder aus der eignen, noch aus der fremden moralischen Pflicht ab, sondern gründet man es mit Kant und Fichte auf die äussere Freiheit, als die Bedingung der Erfüllung des Sittengesetzes: so erfordert es offenbar die Consequenz dem Verletzten ein Entschädigungsrecht auch aus Handlungen willenloser Subjecte zuzuerkennen. Zwar sind sämmtliche Anhänger dieser Rechtsdeduction darin einverstanden, daß der Vindications- und der Restitutionszwang, so wie das Recht der Nothwehr und der Präventions-Zwang dem Menschen schlechthin gegen jeden Beleidiger, er sey zurechnungs- oder nicht zurechnungsfähig, zukomme. Allein nach der Ansicht von Gros, Oersted und Anderer soll der Entschädigungs-Zwang hievon eine Ausnahme bilden, „weil eine Begebenheit, welche von dem Willen eines Subjects unabhängig sey, nicht als Handlung dieses Subjects angesehen, mithin daraus auch keine Verpflichtung des-

8) a. a. O. S. 94 f.

9) a. a. O. S. 15 f.

10) a. a. O. S. 192 f. Vgl. auch Dresch, Naturrecht §. 11. Welker a. a. O. S. 39.

selben abgeleitet werden könne". Allein dann müßte man alle Zwangsrechte gegen willenlose Subjecte in Abrede stellen. Denn wie können sie in der einen Beziehung als verpflichtet, in der anderen hingegen als nicht verpflichtet gedacht werden? Sehr wahr hat namentlich Zeiller bemerkt, daß jene Ausnahme nur dann gegründet wäre, wenn das Recht seinen Grund in der Verbindlichkeit Anderer hätte. Allein dies ist ja eben nach dieser Rechtsdeduction nicht der Fall, sondern das Recht begründet vielmehr die Verbindlichkeit Anderer, nämlich die Verbindlichkeit unser Recht nicht zu verletzen; mit andern Worten: das Recht ist nicht eine logisch-nothwendige Folge der Pflicht Anderer, sondern umgekehrt die Pflicht Anderer eine logisch-nothwendige Folge unseres Rechts. Da nun der Rechts- oder Vernunftgrund des Zwangsrechts überhaupt, also auch des Rechts auf Entschädigung, die Erhaltung der eignen Freiheit des Berechtigten ist: so kann es nicht darauf ankommen, ob die Verletzung ihren Grund in einem Vorsatze, oder in einer Fahrläßigkeit, oder in einem nöthigenden Naturinstincte des Thäters hatte. Denn in allen diesen Fällen findet gleichmäßig eine Verletzung der rechtlichen Freiheit Statt, und da diese Verletzung, nicht aber die Verbindlichkeit des Andern keinen Schaden zuzufügen, der Grund des Zwangsrechts ist, so muß es dem Verletzten schlechthin gegen jeden Beleidiger zukommen. Stellt man hingegen die Frage so: hat das willenlose Subject die (moralische oder juridische) Pflicht den Verletzten zu entschädigen, und will man davon die Möglichkeit oder Nicht-Möglichkeit eines Entschädigungsrechts abhängig machen, so verfällt man offenbar in die Theorie der relativen Rechtsdeduction, und muß dann alle Zwangsrechte gegen willenlose Subjecte für unzulässig erklären. Will man endlich, um den Unterschied zwischen dem Entschädigungs- und dem Vertheidigungszwange zu begründen, sich darauf berufen, daß bei dem Letzteren ein unersetzliches Gut in Frage stehe: so ist dagegen zu erwägen, daß das Vertheidigungsrecht ja auch zum Schutze ersetzlicher Güter (des Eigenthums) besteht, und daß umgekehrt der Entschädigungs-Zwang auch bei Verletzungen unersetzlicher Güter, wie z. B.

der Gesundheit, vorkommen kann, und daß überhaupt ein verletztes Gut, für welches kein Ersatz gefordert werden kann, dadurch für den Verletzten unersetzlich wird.

Auch in seinem Commentare zum österreichischen Gesetzbuche (§. 25) hat sich Zeiller auf dieselbe Weise, wie in seinem natürlichen Privatrechte ausgesprochen, indem er sagt: „Nach dem natürlichen Privatrechte ist es wenigstens sehr wahrscheinlich (offenbar hat Zeiller hier die entgegengesetzten Ansichten Anderer im Auge, und will daher seinen Satz nicht für ein allgemein anerkanntes Prinzip ausgeben), daß auch wegen einer ganz unwillkürlichen Beschädigung, z. B. eines Wahnsinnigen oder Nachtwandlers, das Ersatzrecht Statt finde, weil es, gleich dem Vertheidigungsrechte nicht aus der Verbindlichkeit des Andern keinen Schaden zuzufügen, sondern aus dem Rechte sein Eigenthum und seine Rechte zu erhalten, entspringt".

§. 34.

2. Casuelle Verletzungen im Obligationsnexus.

Die naturrechtlichen Deductionen über das Tragen der Gefahr im Obligationsnexus drehen sich hauptsächlich um das angebliche Prinzip des römischen Rechts: casum sentit dominus. Dieses Prinzip sucht man bald aus dem allgemeinen Prinzipe der Imputation, bald aus der Natur und dem Wesen des Vertrags überhaupt zu deduciren. Daher darf es nicht auffallen, daß namentlich Zeiller, welcher bei Verletzungen durch willenlose Subjecte ausserhalb des Obligationsnexus eine Entschädigungspflicht anerkennt (§. 33), bei Verletzungen im Obligationsnexus ganz entgegengesetzte Grundsätze aufstellt, welche beim ersten Anblick auf dem Prinzipe der Imputation zu beruhen scheinen, aber in der That nicht darauf, sondern vielmehr auf der Natur des Vertragsverhältnisses beruhen. An sich betrachtet liegt darin auch kein Widerspruch, indem er das Prinzip der Imputation hier wie dort zur Seite liegen läßt. Allein mit dem Satze, daß entgegengesetzte Grundsätze in und ausserhalb des Obligations-

nerus bestehen sollen, wird sich in der Wirklichkeit wohl Niemand befreunden können, weil sie nur einmal mit dem Prinzipe der Imputation auf unverkennbare Weise im Zusammenhange stehen, wie schon die Beurtheilung des österr. Gesetzbuchs ergeben hat.

Zu denjenigen Rechtsphilosophen, welche das Prinzip: casum sentit dominus darum für einen naturrechtlichen Satz erklären, weil die Verpflichtung zur Entschädigung im Allgemeinen durch die Zurechenbarkeit der Handlung bedingt sey, gehört z. B. Maaß in seinem Grundrisse des Naturrechts Leipz. 1808. S. 226, und darin folgt er ganz dem römischen Rechte. Danach läßt er den Commodatar, den Miether, den Depositar u. s. w. nicht für den casus haften. Diese Deduction weist uns wieder auf die verschiedenen naturrechtlichen Ansichten über die Bedingung des Schadensersatzes überhaupt (§. 33) zurück.

Andere dagegen, wie z. B. Jakob a. a. O. §. 349 f. gründen den Satz: casum sentit dominus auf eine allgemeine stillschweigend angenommene Bedingung, welche theils in dem Begriffe der beschränkten menschlichen Kräfte, theils in dem besonderen Inhalte eines jeden Vertrags liege. Allen menschlichen Verträgen, sagt Jakob, hängt nothwendig die Bedingung an, daß Jederman die Verträge nur in so weit zu halten verbunden ist, als es ihm physisch möglich ist. Denn über seine Kräfte kann Niemand verpflichtet werden. Jeder macht sich also im Vertrage nur zu dem verbindlich, was er durch Freiheit thun kann, und weiter als auf eine solche Verbindlichkeit des Promittenten erstreckt sich auch nie ein durch Vertrag erworbenes Recht. Von derselben Argumentation geht auch Zeiller in seinem natürlichen Privatrechte (§. 102. 112. 119. 123 und §. 124) aus, wiewohl er sich hier nicht so deutlich und bestimmt ausdrückt, wie Jakob. Allein man fühlt, daß diese Gründe auf nur schwachen Füßen ruhen, und daß vielmehr nur das Prinzip der Imputation hier den Ausschlag geben kann. Denn der Satz, es könne die stillschweigende Uebernahme des casus von Seiten des debitor nicht angenommen werden, heißt mit andern Worten: der Gläubiger habe stillschweigend den casus übernommen. Allein man

frage einmal den Gläubiger, welcher an kein anderes Gesetz als an das Naturrecht gebunden ist, ob dies wirklich seine Absicht gewesen sey? Und kann man nicht eben so gut sagen, es folge aus der Natur des Vertrags überhaupt, daß wer zur Herausgabe einer Sache verpflichtet ist, schlechthin und unter allen Umständen dazu verpflichtet sey, weil der casus am natürlichsten von demjenigen als ein Unglück zu tragen ist, in dessen Person er sich ereignet hat? Denn jeder trage sein Geschick, und wolle es nicht Andern aufbürden!

Um nun den Satz: **casum sentit dominus** consequent auf alle Verträge, welche eine Sachleistung zu ihrem Gegenstande haben, zur Anwendung zu bringen, behauptet Zeiller §. 109 (mit dem Code Nap.), daß, wenn der Gegenstand des Vertrags eine bestimmte Sache sey, das Eigenthum derselben durch den bloßen Vertrag, mithin ohne Tradition erworben werde; daher denn (wie nach römischem Rechte) beim Kauf- und Tauschvertrage der Uebernehmer, beziehungsweise der Käufer den casus zu tragen habe, wenn vor der Tradition die Sache durch einen Unglücksfall zu Grunde gehe. Allein mit Recht nehmen fast alle Naturrechtslehrer an, daß durch den Vertrag nur ein Forderungsrecht erworben werde, mithin zum Eigenthumserwerbe noch eine Tradition hinzukommen müsse, z. B. Kant metaph. Anfangsgr. der Rechtsl. §. 20, Gros Naturr. §. 181, Maaß a. a. O. §. 238 und Andere, welche daher nach dem Prinzipe: **casum sentit dominus** das **periculum interitus** und **deteriorationis** bis zur Tradition auf den Verkäufer, als Eigenthümer, übertragen. Indeß hat sich auch Pothier (Traité du contrat de vente Nr. 307. T. 1) zum Vertheidiger des römischen Rechts gegen Pufendorf und Barbeyrac aufgeworfen, welche wegen des Prinzips: **res perit domino** an den Bestimmungen desselben über den Kaufvertrag großen Anstoß genommen haben.

Auch die Ausnahme, welche Pufendorf (**de jure nat. et gent. 5. 8. §. 6**), Wolff (**jus nat. T. 4. §. 451**), Kant (Rechtsl. S. 143), und andere Naturrechtslehrer bei dem Commodate als einem unentgeltlichen Vertrage machen, will

Zeiller a. a. O. nicht anerkennen; eben so wenig Pothier (Traité des contrats des bienfaisances Nr. 55. T. 1), welcher sich hier abermals des römischen Rechts angenommen hat, und keine Ausnahme von der Regel: res perit domino gelten lassen will. Beide streitende Theile schlagen sich indeß nur mit entgegenstehenden Präsumtionen herum, wodurch sie der Wahrheit um keinen Schritt näher kommen, und darum lohnt es sich nicht der Mühe, die Gründe pro et contra zu würdigen. Auch beim Mandate berufen sich viele Naturrechtslehrer auf African's Billigkeitsprinzip in L. 61. §. 5. D. de furtis, womit namentlich auch Pothier einverstanden ist.

Und damit über diesen Gegenstand genug! Die monströsen Ideen, sogar die römische actio de pauperie und die noxae datio als naturrechtlich zu erweisen *), sollen dahingestellt bleiben. Doch mögen zum Schlusse folgende Worte Schöman's (Handb. des Civilr. Thl. 1. S. 186) dienen:

„Die Philosophie des Rechts verpflichtet den Bürger unbedingt zur Entschädigung, wenn er oder sein Eigenthum, es sey lebendes oder lebloses Eigenthum, die unmittelbare Ursache der Beschädigung seines Mitbürgers ist, um den Zustand der Rechtsgleichheit zu erhalten. Vor der Beschädigung war der Zustand beider Mitbürger in Hinsicht dieser Beschädigung völlig gleich. Darf diese, jetzt gestiftet, unersetzt bleiben, so hat eine schiefe Billigkeit die schändlichste Mißgeburt der Ungleichheit des Rechts zur Welt gebracht.... so erhält das Nichtrecht ein Uebergewicht gegen das Recht des Eigenthümers; dem Bürger wird stillschweigend die Befugniß ertheilt, durch unrechtliche Thätigkeit.... seiner Sachen den Ruin seines leidenden Mitbürgers zu stiften. Wie, o Staat u. s. w."

Und nun sage man noch, daß das Naturrecht nicht alles Mögliche erweisen könne!

---

*) Vgl. die Litt. bei Höpfner, Naturrecht S. 124 und Zeiller a. a. O. §. 179.

Date Due

1964

main Salzburg

KTH
HS29
1838

Hepp, Ferdinand Carl Theodor, 180

Die zurechnung auf dem gebiete des civil
die lehre von den unglücksfällen nach de
römischen und deutschen rechts und der ne
dargestellt von dr. Ferd. Carl Th. Hepp ..
Osiander, 1838.

vi, 252 p. 21cm.

1. Legal responsibility (Roman law) 2. Legal
many. 3. Accidents (Roman law) 4. Accidents—G
at sea. I. Title.

4 0293515 DLC MH-L CtY

UTL AT DOWNSVIEW
D RANGE BAY SHLF POS ITEM C
39 10 05 03 07 019 8